Das

gesetzliche Zurückbehaltungsrecht

nach gemeinem Recht

und dem

Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs

mit besonderer Berücksichtigung der §§ 273, 274 und des § 320 des B. G.-B.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doctorwürde

der

hohen juristischen Fakultät

der

Universität Rostock

vorgelegt von

Arnold Frese

Referendar

aus Duisburg.

BONN.

Buchdruckerei von J. F. Carthaus.

1902.

Disposition.

A. Begriff des Zurückbehaltungsrechtes; Beschränkungen der Behandlung, die sich daraus und aus der Formulierung des Themas ergeben.

B. Das technische Zurückbehaltungsrecht (B. G.-B. §§ 273, 274).

I. Seine Voraussetzungen:

a) Der Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner und seine Erfordernisse.

b) Der Anspruch des Schuldners gegen den Gläubiger und seine Erfordernisse.

c) Der Rechtsgrund des Retentionsrechtes.

1. Die Connexität und ihre Kategorien.

2. Das sogen. pignus Gordianum.

II. Seine Wirkungen und Geltendmachung.

a) Die Wirkung im Allgemeinen.

b) Die Geltendmachung im Prozess.

c) Die Wirkung im Prozess.

d) Die Wirkung für und gegen Dritte.

e) Die Wirkung im Konkurs des Gegners.

III. Umstände, die seine Ausübung ausschliessen.

a) ipso iure.

b) Durch Parteithätigkeit.

IV. Die Gründe für seine Beendigung.

a) Wegfall einer der Voraussetzungen.

b) Andere Gründe.

V. Der juristische Charakter des Zurückbehaltungsrechts.

C. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (B. G.-B. § 320).

I. Die Voraussetzungen derselben.

a) Zwei Ansprüche.

b) Das Verhältnis derselben.

II. Die Geltendmachung im Prozess.

a) Klagleugnung?

b) Einrede.

III. Die Beweislast.

a) Im Allgemeinen.

b) Die Aenderung derselben durch Annahme der Leistung als Erfüllung.

IV. Die Wirkungen.

V. Ausschliessungs- und Erlöschensgründe.

D. Vergleich des technischen Zurückbehaltungsrechtes und der Einrede des nicht erfüllten Vertrages.

Verzeichnis der benutzten Litteratur.

André, Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, Leipzig 1890.

Baron, Pandekten, 9. Auflage, Leipzig 1896.

Crome, System des deutschen bürgerl. Rechts, I. Teil, Tübingen-Leipzig 1900.

Czarnikow, Ueber das Retentionsrecht im Allgemeinen und insbesondere dessen Erlöschen (Dissertation), Göttingen 1890.

Dernburg, Das Pfandrecht, Leipzig 1860 und 1864.

Dernburg, Geschichte und Theorie der Compensation, 2. Auflage, Heidelberg 1868.

Dernburg, Pandekten, I. und II. Band, 6. Auflage, Berlin 1900.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preussens, II. Band, 1. Abteilung, 1. u. 2. Auflage. Halle 1899.

Düringer und Hachenberg, Das Handelsgesetzbuch (vom 10. Mai 1897) auf der Grundlage des B. G.-B., II. Band, 1. Lieferung, Mannheim 1900.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I. Band, 7. Aufl., Berlin 1900.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, Bd. XIV u. XV, Leipzig 1886.

Faselius, Versuch einer systematischen Darstellung der Lehre vom Retentionsrecht, 2. Auflage, Halle 1793.

Gaupp, Civilprozessordnung, 3. Auflage, Freiburg 1898.

Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld, Bd. II, 2. Aufl., Erlangen 1800, Bd. XV, Erlangen 1813.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, I. Band, II. Abteil., Erlangen 1868.

Groskopff, Zur Lehre vom Retentionsrecht, Oldenburg 1858.

Heerwart, Ueber die exceptio non adimpleti contractus im Archiv für civilistische Praxis, Band VII, Heidelberg 1824.

Kaufmann, Kommentar u. Institutionen d. B. G.-B., II. Bd., Bonn 1901.

von Keller, Noch etwas über die exceptiones non impleti und non rite adimpleti contractus im Jahrbuch des Gemeinen Deutschen Rechts, Band IV, Leipzig 1860.

Langfeld, Die Lehre vom Retentionsrecht, Rostock 1886.

Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches, Amtliche Ausgabe, Berlin-Leipzig 1888.

Motive zu dem Entwurf einer Konkursordnung, in der Sammlung sämtlicher Drucksachen des deutschen Reichstages, 2. Legislatur-Periode, II. Session, Band IV Nr. 200, Berlin 1875.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899.

von Petraczycki, Die Lehre vom Einkommen, II. Bd., Berlin 1895.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, II. Bd., Berlin 1900.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des B. G.-B., Band I—III, Berlin 1897—1899.

G. F. Puchta, Pandekten, 10. Auflage, Leipzig 1866.

W. A. Puchta, Die exceptio non adimpleti contractus ist eine wahre Einrede, im Jahrbuch des Gemeinen deutschen Rechts Band V, Leipzig 1862.

von Savigny, Das Recht des Besitzes, 6. Auflage, Giessen 1837.

Schenck, Die Lehre von dem Retentions-Rechte, Jena 1837.

Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse, I. Hälfte (Allgemeiner Teil), München 1900.

Seuffert, Prakt. Pandektenrecht, I. Bd., 4. Aufl., Würzburg 1860.

Simon, Das Zurückbehaltungsrecht des B. G.-B., in der Juristischen Wochenschrift für Posen und Westpreussen, I. Jahrgang, 1898 Nr. 5.

Sintenis, Das praktische Gemeine Civilrecht, II. Band. 2. Auflage, Leipzig 1861.

Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1897.

Thon, Die rechtsverfolgende Einrede, in den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Band XXVIII, Jena 1889.

von Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, III. Band, 7. Auflage, Marburg-Leipzig 1876.

Wilmowsky und Levy, Civilprozessordnung, II. Band, 7. Auflage, Berlin 1895.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Auflage, Frankfurt-Main 1900.

Zitelmann, Internationales Privatrecht, I. Band, Leipzig 1897, II. Band, 1. Hälfte, Leipzig 1898.

Zitelmann, Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs, Allgemeiner Teil, Leipzig 1900.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549205_0125

Wenn wir an die Behandlung des vorliegenden Themas herantreten, so liegt ein sofort in die Augen fallender Vorzug desselben darin, dass es nicht nötig ist, erst lange nach dem Begriff des Zurückbehaltungsrechtes zu suchen, dass vielmehr das Bürgerliche Gesetzbuch selbst eine bestimmte und einwandfreie Definition desselben aufstellt, die sich aus dem § 273 des Gesetzbuches wie folgt ergibt: Zurückbehaltungsrecht ist das Recht eines Schuldners, wegen eines ihm gegen den Gläubiger zustehenden fälligen Anspruchs die geschuldete Leistung so lange zu verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird.

Leider fehlt es dagegen gänzlich an einem solchen technischen Begriff im alten römischen Recht, das vielmehr den entsprechenden Ausdruck „ius retentionis" überhaupt nicht kennt und von retinere, retentione uti, retinere posse, detentatio, nicht nur in obigem Falle spricht, sondern beim Pfandrecht, bei der Compensation und zu allen möglichen sonstigen Zwecken, wenn es sich nur überhaupt um ein „in Besitz behalten" handelt. — Erst sehr spät, wohl erst im 17. oder 18. Jahrhundert, hat man auch hier versucht, ein selbständiges Retentions-Recht in seinen Voraussetzungen, Wirkungen u. s. w. zu construieren, und das Resultat war, dass im 19. Jahrhundert auch für das Gemeine Recht in seiner letzten Entwickelungsstufe ein dem oben für das Bürgerliche Gesetzbuch gegebenen entsprechender Begriff allgemein angenommen wurde [1]).

---

[1]) s. Windscheid II, § 351 Nr. 3.

Schon hieraus ergibt sich eine notwendige Beschränkung des Umfanges der Behandlung: Es sind davon ausgeschlossen alle jene Rechte, die nicht auf ein einstweiliges, sondern auf ein dauerndes Zurückhalten gehen, so insbesondere die früher meist mit unserem Rechte zusammengeworfenen retentiones ex dote und das ebenfalls familienrechtliche Zurückbehalten aus §§ 1428 I und 1585 II B. G.-B. Ferner sind ausser Betracht zu lassen alle die Fälle, in denen die Retention der betreffenden Sache nur die Aeusserung eines anderen, an sich weiter gehenden Rechtes ist, wie z. B. das Recht des Pfandgläubigers oder des Entleihers, die verpfändete resp. entliehene Sache bis zur Beendigung des betr. Verhältnisses zu behalten. — Dasselbe gilt, wenn der Schuldner seine Leistung zurückhalten darf, bis der Gläubiger seinerseits bereits geleistet hat, wenn dieser also vorleistungspflichtig ist, sei es vertraglich, z. B. aus einem zweiseitigen Contract, sei es gesetzlich, z. B. bezüglich des Vorschusses der Kosten für Ausstellung einer neuen Schuldverschreibung auf den Inhaber, falls die ursprüngliche beschädigt oder für kraftlos erklärt ist [1]). — Schliesslich gehören dann auch noch die Fälle nicht hierher, in denen vor der Leistung der Anspruch des Gläubigers überhaupt nicht existiert, so vor allem, wenn dem betreffenden etwas versprochen worden ist unter der Bedingung, dass er etwas leiste.

Dieses so begrifflich eingeengte Zurückbehaltungsrecht kann sich nun gründen sowohl auf Parteiabrede und letztwillige Verfügung wie auf Gesetz; auch in dieser Beziehung wird die Behandlung durch die Formulierung des Themas auf das gesetzliche Zurückbehaltungsrecht beschränkt; und eine dritte Einschränkung rechtfertigt sich schliesslich dadurch, dass das Thema nur

[1]) § 798 resp. 800 B. G.-B.

auf die über die allgemeinen Voraussetzungen etc. handelnden Paragraphen des B. G.-B. Bezug nimmt, so dass eine Aufführung und gesonderte Behandlung aller einzelnen Anwendungsfälle als überflüssig erscheint.

Wenn hierdurch der Umfang der Behandlung festgelegt ist, so erübrigt es noch, den Gang der Untersuchung zu bestimmen, der sich mit logischer Notwendigkeit in der Weise ergibt, dass zuerst die Voraussetzungen des eigentlichen Zurückbehaltungsrechts, alsdann seine Geltendmachung und Wirkung, Umstände, durch die seine Ausübung ausgeschlossen wird, sowie seine Beendigung, und als Ergebnis sein juristischer Charakter darzustellen sein werden, dass alsdann eine gesonderte Behandlung der sogenannten „Einrede des nicht erfüllten Vertrages" erfolgt, und eine kurze Untersuchung des Verhältnisses, in dem diese Einrede zu dem technischen Retentionsrechte steht, den Abschluss bildet.

Aus dem Begriff des Zurückbehaltungsrechtes, wie er oben [1]) gegeben wurde, ergibt sich als notwendige Voraussetzung das Vorhandensein von zwei einander gegenüber stehenden Ansprüchen zwischen denselben Personen, und diese werden also jedenfalls im Vordergrunde der Untersuchung stehen müssen.

Was nun zuerst den Anspruch der Gläubigers, also des Retentionsgegners, anbetrifft, so muss dieser selbstverständlich rechtlich begründet und fällig sein, — sowohl nach Gemeinem Recht wie B. G.-B., — da sonst der Gläubiger ja mit seiner Klage ohne weiteres abgewiesen werden würde, — während es gleichgültig ist, ob der Anspruch dinglicher oder persönlicher Natur ist.

Nur über den Gegenstand desselben herrschte nach Gemeinem Recht in früherer Zeit ein hartnäckiger Streit.

---

[1]) Seite 6.

Denn während fast alle älteren Autoren [1]), verleitet wohl durch die ursprüngliche Bedeutung des Wortes „retinere", behaupten, der Anspruch müsse notwendig auf Herausgabe einer dem Gläubiger oder einem Dritten gehörenden, aber im Besitze des Schuldners befindlichen körperlichen Sache gehen — oder wenigstens eines solchen unkörperlichen Leistungsobjektes, das man [2]) „derartig in detentione haben kann, dass man es der Einwirkung eines anderen zu entziehen vermag", — hat sich später die Ansicht Eingang verschafft, dass man auch eigene Sachen retinieren könne, dass Besitz oder auch nur Detention nicht erforderlich sei, — da z. B. eine Geldzahlung zurückgehalten werden könne, selbst wenn der Schuldner die Geldstücke gar nicht habe, — dann, dass diese Beschränkung auf Herausgabe von Sachen durch nichts begründet, dass vielmehr Retention schlechthin an jeder Leistung zulässig sei. Diese Meinung hat sich denn bald zur unbedingt herrschenden durchgerungen [3]) und ist auch vom Bürgerlichen Gesetzbuch angenommen worden; ja, es ist nach letzterem, — was im Gemeinen Recht denn doch nicht absolut feststand, — sogar gestattet, ein „Unterlassen" zu retinieren; dies ergibt sich unzweifelhaft aus der Mitteilung der Protokolle [4]), dass die zweite Commission das Wort „zurückbehalten" im Text des § 237 des 1. Entwurfs durch „verweigern" ersetzt hat, weil man ein Unterlassen schlechterdings nicht „zurückbehalten" könne, dies aber auch gestattet sein müsse. Derselben Ansicht ist übrigens auch die weit

---

[1]) Glück, XV, § 936, Schenck, S. 74.

[2]) Schenck, S. 86.

[3]) Dernburg, Compensation S. 370, Goldschmidt, S. 969, Langfeld, S. 111.

[4]) Protokolle Bd. I, S. 312.

überwiegende Mehrzahl der Commentatoren[1]), nur muss natürlich[2]) „eine Nachholung der Handlungen, welche noch als Erfüllung der Obligation erscheint, möglich sein, ... und deshalb kann nur dann von einem Zurückbehaltungsrecht bei Omissivhandlungen die Rede sein, wenn fortgesetzte Omissivhandlungen geschuldet werden, z. B. den Weg über ein Grundstück nicht mehr in bestimmter Richtung zu nehmen. Denn geht die Verpflichtung nur auf eine einzige Unterlassung, z. B. ein gewisses Werk nicht zu publizieren", oder ein Concurrenzgeschäft nicht zu eröffnen, „so würde die Vornahme der Handlung nicht sowohl einstweilige Verweigerung der Erfüllung als totale Nichterfüllung sein". — Aber selbst mit dieser Einschränkung ist die Anwendung gefährlich und nicht immer zu billigen, z. B. entspricht es sicher nicht dem Wesen und Zweck des Retentionsrechts, wenn jemand die Fütterung eines Pferdes, zu der er verpflichtet ist, wegen Nichtempfanges der letzten Wochenbezahlung retentionsweise unterlässt, sodass das Pferd am Hungertode stirbt[3]).

Diesem Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner muss nach obigem Begriff ein anderer Anspruch desselben Schuldners gegen denselben Gläubiger entgegenstehen. — Auch dieser Anspruch muss begrifflich fällig sein, ist daher zur Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes nicht geeignet, wenn er z. B. bedingt oder befristet oder wenn Stundung gewährt ist. Ersteres war allerdings früher im Gemeinen Recht sehr bestritten, und noch Schenck[4]) will ein Retentionsrecht wegen betagter

---

[1]) Dernburg, Bürgerliches Recht § 57 II 1, Oertmann, § 273 Anmerk. 3, Schollmeyer, § 273 Anm. 1b.

[2]) Schollmeyer, § 273 Anm. 1b.

[3]) v. Petraczycki, II, S. 520.

[4]) Schenck, S. 126.

Forderungen wenigstens stets zulassen, weil die Obligation eben schon früher bestehe; doch ist demgegenüber zu bemerken, dass die exceptio doli, mittels deren unser Recht geltend gemacht wird, eine Unbilligkeit seitens des Gläubigers voraussetzt, dass diesem aber doch kaum ein Vorwurf gemacht werden kann, wenn er auf eine noch gar nicht fällige Schuld keine Rücksicht nimmt! Das B. G.-B. sagt denn auch ausdrücklich [1]: „Hat der Schuldner . . . . einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger" —, und nur auf einem Umwege liesse sich auch wegen nichtfälliger Ansprüche ein Zurückbehaltungsrecht erreichen, indem die §§ 935 und 938 C.-P.-O. dem Richter die Befugnis geben, auf dem Wege einer einstweiligen Verfügung ein Zurückbehalten zu gestatten, ein Mittel, das auch nach dem alten römischen Processrecht in Gestalt eines Arrestes oder richterlicher Kautionen unter den geeigneten Voraussetzungen aushelfen konnte [2].

Im Allgemeinen ist man ferner darüber einig, dass der Gegenstand des Anspruchs gleichgültig und Liquidität desselben zur Begründung unseres Rechtes an sich nicht erforderlich ist; (doch ist in einzelnen Fällen seine Ausübung davon abhängig, nämlich im gemeinen Exekutiv- und im Urkundenprocess der C.-P.-O.). Dasselbe gilt bezüglich der Gleichartigkeit der beiden Ansprüche. Nur fragt es sich hierbei, ob Gleichartigkeit überhaupt zulässig ist, ob nicht vielmehr, — z. B. für den Fall, dass die Forderung des Gegners durch Untergang der retinierten Sache sich in eine solche auf Schadensersatz verwandelt und dadurch mit der anderen compensationsfähig wird, — das Zurückbehaltungsrecht sich notwendig

[1] § 273.

[2] Dernburg, Bürgerliches Recht S. 123, — Goldschmidt, S. 973.

in Aufrechnung umsetzen muss? Dieser Meinung ist vor allen Dingen für das Gemeine Recht Dernburg[1]), der sie auch für das Bürgerliche Gesetzbuch vertritt[2]), allerdings hier mit der bedeutsamen Einschränkung, dass das Recht trotzdem nicht unter den allgemeinen Regeln der Aufrechnung stehe, also vor allem auch unpfändbaren Ansprüchen gegenüber zulässig sei. Dieser Ansicht ist aber m. E. nicht beizutreten; denn wenn es auch im Allgemeinen wenig Zweck haben kann, zwei Ansprüche in der Schwebe zu erhalten und jeden einzeln zu realisieren, falls sofort rechnerische Befriedigung eintreten kann, und wenn auch die Frage wohl höchst selten oder nie praktisch werden wird, da die Aufrechnung ja auch für den Schuldner bedeutend bequemer ist, so bedeutet nach der herrschenden Meinung des gemeinen Rechts[3]) der vielumstrittene Ausdruck „ipso iure compensatur" doch nur, dass die beiden Forderungen als von der Zeit ihres Gegenüberstehens an getilgt gelten, wenn der Schuldner die Compensation geltend macht, und auch nach B. G.-B. ist der Richter zu einer Aufrechnung, die der Schuldner nicht vornehmen will, von Amtswegen nicht im geringsten befugt. — Allgemein anerkannt ist schliesslich für das Gemeine Recht noch, dass der Anspruch des Retinierenden nicht klagbar zu sein braucht, — selbstverständlich darf er aber nie gesetzlich reprobiert sein, — dass vielmehr eine sogenannte Naturalobligation genügt. Nur leugnen einige Autoren[4]) für den Fall des Ersatzes von Verwendungen, dass überhaupt eine Obligation bestehe. Dies wird aber unbedingt widerlegt durch die feststehende Thatsache, dass der

---

[1]) Dernburg, Compensation S. 371.

[2]) Dernburg, Bürgerliches Recht II, S. 127.

[3]) Windscheidt, III, § 349 Nr. 4.

[4]) Groskopff, S. 25 ff.

Gläubiger, wenn er freiwillig diese Verwendungen bezahlt hat, niemals die Zurückgabe mit der condictio indebiti verlangen kann, dass es sich also doch wohl immerhin um ein debitum, eine Schuld, handeln muss; und auch das Argument, dass keine Compensation der beiden Ansprüche zulässig sei, — ein Satz, der sich übrigens nirgendwo in den Quellen ausdrücklich ausgesprochen findet, — dass aber eine Naturalobligation die sämtlichen Merkmale jeder zu Recht bestehenden Verpflichtung besitzen müsse ausser der Erzwingbarkeit, ist nicht durchschlagend, da es nach der herrschenden Theorie nicht einen feststehenden Inhalt aller natürlichen Verbindlichkeiten giebt, vielmehr „für jede einzelne Verbindlichkeit ihr rechtlicher Inhalt besonders festgestellt werden muss“ [1]). — Ganz anders liegt die Frage im Bürgerlichen Gesetzbuch; denn der Ersatz von Verwendungen ist jetzt selbständig klagbar! Soll nun doch wegen anderer sogenannter Naturalobligationen, deren Hauptinhalt eben der Ausschluss der Rückforderung des einmal Geleisteten ist, ein solches Zurückbehaltungsrecht zugestanden werden? Da dieses ein indirektes Mittel zur Erzwingung der Leistung ist, ist es m. E. im Anschluss an Endemann [2]) jedenfalls stets da zu versagen, wo das Gesetz dem Anspruch ausdrücklich die Erzwingbarkeit abspricht, wie z. B. bei Forderungen des Ehemäklers [3]), oder aus Spiel und Wette [4]), und aus dem gleichen Grunde, wenn sich auch unser Gefühl vielleicht dagegen sträubt, bei Verbindlichkeiten, deren Erfüllung „einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rück-

---

[1]) Windscheid, II, S. 164, Dernburg, Pfandrecht I, S. 102.

[2]) Endemann, Seite 543 Anm. 9.

[3]) § 656.

[4]) § 762.

sicht entsprechen würde“ [1]), denn auch bei ihnen duldet das Gesetz nur die freiwillige Leistung. — Näher in's Auge zu fassen ist aber insbesondere noch die Entscheidung der Frage, ob eine verjährte Forderung zur Retention einen genügenden Grund giebt. Ohne Belang ist dieselbe ja insofern, als in einem der wichtigsten Fälle nach Gemeinem Recht eine Verjährung überhaupt ausgeschlossen ist, weil der Anspruch wegen Verwendungen auf eine Sache lediglich im Wege der Einrede geltend gemacht werden kann, selbständige Einreden aber der Verjährung überhaupt nicht unterliegen. — Indes bietet doch auch in den übrigen Fällen die Entscheidung nach Gemeinem Rechte kaum Schwierigkeiten, wenigstens wenn man, — der herrschenden Lehre folgend [2]), — annimmt, dass mit der Verjährung auch das zu Grunde liegende persönliche Recht selbst vollständig erlischt; denn dass dann für ein Zurückbehaltungsrecht kein Platz mehr sein kann, ist ohne weiteres klar. — Einen abweichenden Standpunkt aber nimmt das B. G.-B. ein, das der Verjährung, — in Uebereinstimmung mit der Minderheit der gemeinrechtlichen Autoren [3]), — nur die sogenannte „schwächere Wirkung“ zuschreibt, die das Recht nicht vollständig beseitigt, sondern nur in dem Masse, dass eine natürliche Verbindlichkeit übrig bleibt, die wohl unter allen Naturalobligationen mit den stärksten Wirkungen ausgestattet ist: So kann das einmal Geleistete nicht zurückgefordert werden, Anerkenntnis und Sicherheitsleistung haben volle Wirkung [4]), Hypothek und Pfandrecht bleiben bestehen [5]), ein fiduciarisch zur Sicherung übertragenes

---

[1]) § 814.

[2]) Windscheid, I, S. 497.

[3]) G. F. Puchta, § 92. Dernburg, Band I, § 150[2].

[4]) § 222 II.

[5]) § 223 I.

Recht kann nicht zurückgefordert werden [1]), unter gewissen Voraussetzungen kann die verjährte Forderung sogar noch zur Aufrechnung verwendet [2]), und mehrfach als Einrede zur Geltung gebracht werden [3]). — Gewiss könnte es einen Schein von Berechtigung haben, wenn man nun annähme, dass der verjährten Forderung eben nur die Klagbarkeit, sonst aber kein gesetzliches Merkmal jeder rechtlich voll anerkannten Verbindlichkeit fehle, oder wenn man wenigstens aus dem Fortbestehen des Pfandrechtes oder der Zulässigkeit der Aufrechnung analog auf das ja mit beiden nahe verwandte Zurückbehaltungsrecht schliessen wollte, indes ist doch m. E. das Richtige unbedingt, dass die Wirkungen einer solchen Naturalobligation über das gesetzliche Mass hinaus nicht ausgedehnt werden dürfen, dass mithin wegen einer verjährten Forderung nicht retiniert werden darf, eine Ansicht, die noch eine sehr gewichtige Bestätigung findet in der Bemerkung der Motive [4]): „dass die volle persönliche Haftung des zunächst fordernden Teiles wegen des Anspruches des Retinenten für die Regel die Voraussetzung des Zurückbehaltungsrechtes ist", und dass „in Ermangelung dieser Voraussetzung das Zurückbehaltungsrecht besonders beigelegt werden muss".

Ein so allgemeines Retentionsrecht nur auf Grund zweier einander gegenüber stehender Ansprüche kennt aber weder das Gemeine Recht noch das Bürgerliche Gesetzbuch, vielmehr verlangen beide, dass hinzutrete noch ein besonderer Rechtsgrund, und in dieser Beziehung werden im früheren Recht die verschiedensten Ansichten in allen möglichen Variationen vertreten, was nicht zu

1) § 223 II.
2) § 390.
3) §§ 478, 480 I, 490 III, 639 I, 821, 853.
4) Motive Band II, § 42.

verwundern ist, da in keiner einzigen Gesetzesquelle das Retentionsrecht als Hauptgegenstand selbständig behandelt wird, vielmehr die ganze Lehre aus den allerdings ziemlich zahlreichen Stellen abstrahiert werden muss, in denen das Recht in einem speciellen Fall für anwendbar erklärt oder ausgeschlossen wird. — Herrschend ist schon von Anfang an die Meinung, dass die beiden Forderungen „connex“ sein[1]), d. h. in einer gewissen, später noch näher zu erläuternden, Verbindung mit einander stehen müssen.

Allerdings ist dieses Erfordernis der Connexität viel und heftig angegriffen worden, so besonders von Groskopf[2]), der ein Retentionsrecht überhaupt nur wegen Verwendungen in eine Sache zulassen will, und ihm im wesentlichen folgend von Sintenis[3]), dann zuletzt noch von Langfeld[4]) und Windscheidt[5]), von beiden mit der Begründung, dass der Begriff der Connexität viel zu unbestimmt und daher unbrauchbar sei, dass sich eine derartige Befugnis in solcher Ausdehnung aber vor allen Dingen aus den Quellen nicht rechtfertigen lasse, und dass dieselbe deshalb auf die bestimmten Fälle, in denen sie besonders zugesprochen ist, beschränkt werden müsse. Indessen ist jedenfalls die herrschende Lehre[6]) stets bei dem Erfordernis der Connexität geblieben; nur war man sich wiederum nicht einig, was denn eigentlich unter diesem Begriffe zu verstehen sei, doch überwog wohl die Ansicht[7]), dass es — abgesehen

[1]) Glück, XV S. 125, Schenck, S. 150.

[2]) Groskopf, S. 34 ff. 85.

[3]) Sintenis, § 91 Anm. 75.

[4]) Langfeld, S. 103.

[5]) Windscheidt, III S. 462.

[6]) Baron, § 76 Nr. 5, Dernburg, Compensation S. 370, Goldschmidt, S. 974.

[7]) Goldschmidt, S. 977, Seuffert, I § 104 Anm. 7, Schenck, § 55.

von einem weiter unten zu erwähnenden Einzelfall — drei Categorien von Fällen gebe, die demselben entsprächen, nämlich:

1. wenn beide Ansprüche aus demselben obligatorischen Verhältnis entspringen, — eine Bestimmung, die in solcher Allgemeinheit allerdings von vielen nicht anerkannt wird,
2. wenn dem Anspruch auf Herausgabe einer Sache der wegen Verwendungen auf diese Sache gegenübersteht, und
3. wenn die Forderung durch die Sache ihre Entstehung und Begründung empfing, insbesondere, wenn durch sie ein Schaden angerichtet ist, und die Herausgabe dieser Sache verlangt wird.

Diesen drei Categorien entspricht ziemlich genau die durch das B. G.-B. getroffene Regelung; denn es heisst in § 273: „Hat der Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger, so kann er . . . . die geschuldete Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird. — Wer zur Herausgabe eines Gegenstandes verpflichtet ist, hat das gleiche Recht, wenn ihm ein fälliger Anspruch wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder wegen eines ihm durch diesen verursachten Schadens zusteht."

Unter die erste Categorie fällt, wenigstens nach der überwiegenden Meinung in beiden Rechten vor allen Dingen die „Einrede des nicht erfüllten Vertrages", doch soll dieser Specialfall wegen der verschiedenen ihm eigentümlichen Besonderheiten später noch eine eingehendere Behandlung für sich erfahren, wobei auch die Frage nochmals ernst zu prüfen ist, ob derselbe überhaupt hierher gehört. — Dann sind hier aber zu erwähnen insbesondere die im römischen Recht mit actio contraria zu verfolgenden

Ansprüche aus den sogenannten contractus bilaterales inaequales, den unvollkommen zweiseitigen Verträgen, wie Auftrag, Leihe, Verwahrung, und schliesslich auch Fälle, in denen gar kein Vertrag vorliegt, z. B. die Ansprüche aus der Geschäftsführung ohne Auftrag, das Recht des zum Schadensersatz Verpflichteten oder des Bürgen auf Abtretung der Ansprüche des Ersatzberechtigten, das Recht auf Erteilung einer Quittung und eine grosse Zahl anderer Fälle, deren Einzelaufzählung nicht in den Rahmen der vorliegenden Arbeit fallen kann. — „In einzelnen Fällen[1]) kann dabei die Frage, ob die beiderseitigen Ansprüche auf demselben rechtlichen Verhältnis beruhen, zweifelhaft sein. Entscheidend wird dann der Gesichtspunkt sein müssen, ob das Verhältnis, auf welchem die beiderseitigen Ansprüche beruhen, nach der Auffassung des Verkehrs und nach Treu und Glauben als ein einheitliches zu betrachten ist.“ [2])

Ein grosser Teil der zur zweiten Categorie gehörenden Fälle ist schon unter der vorigen aufgezählt worden, doch darf man sicher nicht so weit gehen, zu sagen, die Vorschrift des § 273 II bedeute nur eine Hervorhebung eines schon durch Absatz I gedeckten besonders wichtigen Thatbestandes; denn nicht nur spricht die Fassung des Gesetzes hiergegen, — (es heisst nicht, wie in den meisten derartigen Fällen: „dies gilt insbesondere, wenn . . . .“, sondern: „wer zur Herausgabe . . . . verpflichtet ist, hat das gleiche Recht“), — sondern es gibt ganz sicher Fälle, in denen die beiden Ansprüche nicht auf demselben Rechtsverhältnis beruhen; und von diesen ist der praktisch bei weitem wichtigste das Retentionsrecht des Besitzers einer Sache wegen der auf

---

[1]) Planck, § 273 Anm. 1 a.

[2]) Ebenso für das Gemeine Recht, Reichsgericht-Entscheidung Band XIV, Nr. 57.

diese gemachten Verwendungen gegenüber dem Anspruche des Eigentümers auf Herausgabe der Sache[1]). Dass dieser Thatbestand nach den allgemeinen Vorschriften über das obligatorische Zurückbehaltungsrecht zu behandeln sei, ist im Gemeinen Recht nie bezweifelt worden. Anders liegt aber die Frage im Bürgerlichen Gesetzbuch! Denn merkwürdigerweise findet sich im Sachenrechte eine Wiederholung eines Teiles der allgemeinen Bestimmungen aus § 273 mit einigen Besonderheiten. Der betreffende § 1000 lautet: „Der Besitzer kann die Herausgabe der Sache verweigern, bis er wegen der ihm zu ersetzenden Verwendungen befriedigt wird. Das Zurückbehaltungsrecht steht ihm nicht zu, wenn er die Sache durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat.“ — Dieser Paragraph ist dann auf die Ansprüche des Finders wegen seiner Verwendungen und seines Finderlohnes[2]) für anwendbar erklärt, während eine ähnliche Bestimmung in den übrigen Teilen des Sachenrechts, etwa in der Lehre vom Pfandrecht oder Niessbrauch gänzlich fehlt! Es erscheint daher auf den ersten Blick nicht ganz unberechtigt, wenn Schollmeyer[3]) meint: „Ausserhalb des Gebiets des Obligationen-Rechts ist das Zurückbehaltungsrecht für diejenigen Fälle, in denen es stattfinden soll, durch besondere Vorschriften geregelt.“ Befremdlich ist diese Einzelbestimmung jedenfalls, und auch die Mitteilung der Motive[4]), dass man sie eingeschaltet habe, weil „die Beseitigung eines jeden möglichen Zweifels zweckmässig erschienen sei“, kann nicht ohne weiteres beruhigen; denn es ist einigermassen schwierig, einen solchen zweifelhaften Punkt überhaupt

---

[1]) § 1000 ff.

[2]) § 972.

[3]) Schollmeyer, § 273 Anm. 2 b β.

[4]) Motive Band III S. 416.

zu finden. Planck[1]) meint, die Unsicherheit könne dadurch entstehen, dass der § 273 Fälligkeit des Anspruchs des Retinierenden verlange, dass diese aber im vorliegenden Falle eventuell nicht ganz zweifellos erscheinen könne mit Rücksicht auf § 1001, der die Geltendmachung des Verwendungsanspruchs nur dann zulässt, wenn der Eigentümer die Sache wiedererlangt oder die Verwendungen genehmigt hat. Indessen ist doch wohl unzweifelhaft und ohne weiteres klar, dass dieser Paragraph sich nur auf die selbständige Geltendmachung durch Klage beziehen kann, und Stammler[2]) hat ganz Recht, wenn er meint, dass gerade umgekehrt jetzt erst Zweifel geschaffen werden könnten. Immerhin lässt sich eine befriedigende Entscheidung mit Sicherheit aus verschiedenen Mitteilungen über den Entstehungsgang der betreffenden Bestimmung entnehmen. Denn der 1. Entwurf enthielt einen § 236: „Die Vorschriften . . . . gelten in allen Fällen, in welchen das Gesetz dem Schuldner ein Zurückbehaltungsrecht beilegt", und die Motive[3]) sagen noch ausdrücklich, dass es „gleichgültig ist, in welchem Teile des Gesetzbuchs dies geschieht". Dieser § 236 des 1. Entwurfs ist dann von der Commission für die 2. Lesung gestrichen worden mit der Begründung, dass in Folge einer redactionellen Aenderung des jetzigen § 273 das Zurückbehaltungsrecht zu einem terminus technicus erhoben sei und „hieraus die Anwendbarkeit in allen Fällen, in welchen das Gesetz das Zurückbehaltungsrecht gewähre, zur Genüge erhelle"[4]). — M. E. ist dieser Beweis voll ausreichend, um auch den letzten Zweifel bezüglich dieser Frage zu beseitigen.

---

[1]) Planck, Anm. 7a § 1000.

[2]) Stammler, S. 105.

[3]) Motive Band II, S. 44.

[4]) Protokolle I, S. 313.

Dass diese 2. Categorie übrigens nicht nur den § 1000 umfasst, in dem von der Herausgabe einer „Sache" die Rede ist, zeigt der Ausdruck „Gegenstand" in § 273 II. Im Gegensatz zum Gemeinen Recht lässt also das neue Gesetz dasselbe Retentionsrecht auch wegen „Verwendungen auf ein Recht" zu, in welcher Beziehung wohl namentlich Reallasten, Niessbrauch sowie Kohlenbau- und Fischereigerechtigkeiten in Betracht kommen. — Anderseits kommen von Sachen natürlich nur Speciessachen in Frage; denn wenn der Schuldner zur Lieferung von nur generisch bestimmten Sachen verpflichtet ist, so ist es natürlich seine Sache, wenn er gerade solche leisten will, auf die er Verwendungen gemacht hat. — Was schliesslich den Begriff der Verwendungen anbetrifft, so ist derselbe im weitesten Sinne zu nehmen, insbesondere gehören dahin sowohl nach Gemeinem Recht [1]) wie B. G.-B. [2]) die Eingehung von Verbindlichkeiten und, — was wohl insbesondere bei der Herausgabe von Rechten häufig in Betracht kommen wird, — die ausgelegten Processkosten.

Bei Aufstellung der 3. Categorie ist wohl vor allen Dingen an den praktisch sehr häufig vorkommenden Fall gedacht, dass durch elementare Gewalt Sachen, insbesondere durch Einsturz eines Gebäudes Bruchstücke desselben auf ein benachbartes Grundstück geraten sind und dabei dieses beschädigt haben.

Ausser diesen drei dem früheren Rechte mit dem B. G.-B. gemeinsamen Categorien gibt es nun aber nach jenem noch einen ganz für sich allein stehenden Fall, der den Rechtslehrern von jeher viel Schwierigkeiten verursacht hat; und dies ist das durch Kaiser Gordianus in der l. unica C. 8,2 fixierte Retentionsrecht eines

[1]) cfr. l. 2 pr. de lege Rhod. D. 14,2.

[2]) § 257.

Pfandgläubigers am Pfand wegen seiner übrigen chirographarischen Forderungen gegen den Schuldner. — Diese Regel, die wohl ihren historischen Grund darin hat, dass der Pfandgläubiger, wenn er sein Pfand verkauft hatte, natürlich auch den Ueberschuss behielt und mit seinen übrigen Forderungen compensierte, ist wahrscheinlich entstanden aus der Gerichtspraxis [1]). Indessen gibt es gerade über diese Einzelbestimmung wieder eine ziemliche Anzahl von Streitfragen, z. B. darüber, ob ein solches Retentionsrecht nur wegen Darlehens- oder doch anderer Geldforderungen oder ganz allgemein gestattet sei; ob es Anwendung finde nur für nach der Verpfändung eingegangene Verbindlichkeiten oder auch für frühere; ob auch wegen Forderungen, die erst durch Cession an den Pfandgläubiger kamen oder nicht, ob nur bei einem Faustpfand oder auch beim reinen Vertragspfand u. s. w. Vor allen Dingen aber hat man sich nicht darüber einigen können, welches der eigentliche Rechtsgrund für diese Befugnis sei. Denn während diejenigen Autoren, welche überhaupt einen solchen gemeinsamen Rechtsgrund leugnen, dieses Retentionsrecht nur als einen besonderen unter vielen anderen Einzelfällen aufzählen, bereitet die Frage denen, welche als allgemeines Erfordernis die Connexität der beiden Ansprüche aufstellen, begreiflicherweise viel Verlegenheiten; in der Regel sieht man allerdings eine ganz singuläre Ausnahme darin, während dagegen Schenck [2]) einen Fall der von ihm sogenannten „positiven", d. h. vom Gesetz geschaffenen Connexität annimmt. Am einleuchtendsten ist wohl die der letzteren ähnliche Auffassung Goldschmidt's [3]), dass die Verbindung der beiden Ansprüche sich ursprüng-

[1]) Dernburg, Pfandrecht II, S. 97.

[2]) Schenck, S. 242.

[3]) Goldschmidt, S. 981.

lich auf stillschweigende Parteiabrede zurückführen lasse, „weil nicht allein mit Rücksicht auf die in Händen habende Sicherheit später neu kreditiert wird, sondern häufig neuer Kredit gegen Pfand nur darum gegeben wird, um ältere Forderungen sicher zu stellen, auch der Gläubiger sich häufig mit Rücksicht auf das für die neue Forderung bestellte Pfand zur weiteren Kreditierung älterer Forderungen versteht". — Auf die übrigen oben erwähnten Streitfragen näher einzugehen, erscheint wegen der Natur der ganzen Vorschrift als einer Ausnahmebestimmung besonders deshalb nicht als erforderlich, weil dieses Zurückbehaltungsrecht vom Bürgerlichen Gesetzbuch nicht aufgenommen worden ist.

Was nun die Wirkung unseres Zurückbehaltungsrechtes anbelangt, so besteht dieselbe zuvörderst in der Befugnis, die Leistung zu verweigern, resp. den betreffenden Gegenstand thatsächlich weiter in Besitz zu behalten. — Das ist aber im Allgemeinen auch alles. Denn Verfügungsfähigkeit resp. -Macht z. B. gewährt das Retentionsrecht an sich nicht, dieselbe müsste denn dem Retinierenden schon kraft des Rechtsverhältnisses, auf Grund dessen er besitzt, zustehen. — Ebensowenig giebt das Retentionsrecht aber auch ein Verkaufsrecht; denn wenn auch für das Gemeine Recht Dernburg[1]) meint, „die Sache müsse, wenn sich der obsiegende Teil trotz der Aufforderung des Verurteilten der ihm aufliegenden Leistung weigere, zu einem Austrag gebracht werden können; daher sei dem früheren Kläger vom Gerichte, auf Antrag des früheren Verklagten, eine Frist zu setzen, unter dem Präjudize, dass er sich für den Fall beharrlicher Nichterfüllung nach deren Ablauf den Verkauf der ihm geschuldeten Sache und Aufrechnung der Gegenforderung aus deren Erlöse gefallen

[1]) Dernburg, Compensation S. 372.

lassen müsse", — so steht er mit dieser Ansicht doch gänzlich allein, und dieselbe ist niemals, weder in Theorie noch Praxis, zur Geltung gekommen. — Das bürgerliche Gesetzbuch erwähnt in den §§ 273, 274 ein Verkaufsrecht überhaupt nicht, und dasselbe müsste mithin als unbedingt ausgeschlossen gelten, wenn nicht eine Bestimmung in der Lehre von der Bürgschaft geeignet wäre, einigen Zweifel zu erregen. § 772 II B. G.-B. sagt nämlich: „Steht dem Kläger ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht an einer beweglichen Sache des Hauptschuldners zu, so muss er auch aus dieser Sache Befriedigung suchen." Indessen kann er dies denn doch nicht so ohne weiteres; vielmehr benötigt er hierzu ebenso gut wie zu jeder anderen Zwangsvollstreckung in das Vermögen seines Schuldners eines vollstreckbaren Titels, muss also im Allgemeinen erst auf erhobene Klage hin durch gehöriges Urteil sein Recht selbst und dessen sachliche Begründung feststellen lassen [1]).

Auch das dem Besitzer einer Sache wegen seiner darauf gemachten Verwendungen durch § 1003 gegebene Verkaufsrecht ist kein unmittelbarer Ausfluss des Retentionsrechtes, sondern steht selbständig und gleichberechtigt neben den beiden anderen Mitteln der Geltendmachung des Verwendungsanspruchs, d. h. neben der Klage und dem Zurückbehaltungsrecht, und beruht wohl auf einer Erwägung der Billigkeit. Denn eine selbständige Geltendmachung durch Klage ist nach § 1001 nicht möglich, bevor der Eigentümer die Sache wiedererlangt oder seine Genehmigung ausgesprochen hat; dadurch würde sich aber der Besitzer in einer äusserst ungewissen und prekären Lage befinden, falls der Eigentümer weder das eine noch das andere thut, indem er die Sache zwar zurückbehalten darf, aber stets gewärtig

[1]) Ebenso Endemann, S. 545 Anm. 14.

sein muss, mit der Eigentumsklage belangt zu werden. — Ferner gewährt das Zurückbehaltungsrecht weder nach Gemeinem Recht noch nach B. G.-B. einen Anspruch auf den Bezug der Früchte und Nutzungen, dieselben können vielmehr höchstens als geeignetes Kompensationsobjekt zur Verminderung des Anspruchs auf Verwendungen, besonders der auf die Fruchtziehung selbst gemachten dienen. — Anderseits bringt das Retentionsrecht auch nicht etwa wie das Pfandrecht die Verpflichtung zu einem besonderen Masse von Sorgfalt mit sich, vielmehr richtet sich dasselbe nach dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis; der Retinierende wird also in den meisten Fällen für omnis culpa resp. entsprechend für die im Verkehr erforderliche Sorgfalt haften. Er muss jedenfalls den Gegenstand nach Beendigung seines Rechtes in ordnungsmässigem Zustande herausgeben, und hieraus kann sich dann eventuell auch eine Pflicht, die Sache zu verwalten, zu nutzen und vor Verderb zu bewahren, ja, falls dieselbe diesem besonders ausgesetzt ist, zum Verkaufe ergeben, ein Recht darauf besteht aber an sich nicht. — Weiterhin kann von einem Verzug des Retinierenden natürlich solange keine Rede sein, als er seine Leistung mit Recht verweigern kann, und eine Besonderheit besteht schliesslich noch darin, dass, da es ja völlig in der Macht des Gläubigers liegt, durch Befriedigung des Gegenanspruchs jeden Augenblick auch seine Forderung zu realisieren, im Gegensatz zur allgemeinen Regel durch das Zurückbehaltungsrecht die Verjährung des entgegenstehenden Anspruchs nicht gehemmt ist[1]). —

Zur Geltung gebracht wird das Zurückbehaltungsrecht im Prozess nach Gemeinem Recht wie B. G.-B., — abgesehen von der Ausnahmebestimmung des § 767

[1]) Windscheidt, Bd. I, § 109 und B. G.-B. § 202 II.

(früher 686) C.-P.-O., der auch eine Zurückbehaltungsklage zulässt [1]), — durch eine Einrede im technischen Sinn, deren Vorbringung auf Grund von § 529 I (früher 491) C.-P.-O. auch noch in der Berufungsinstanz zulässig ist [2]). — Ihrem Wesen nach ist diese Einrede eine dilatorische; denn sie berührt den gegnerischen Anspruch in seinem Bestehen nicht im geringsten, und eine Entkräftung und Aufhebung der beiderseitigen Rechte, wie das durch die Kompensation geschieht, kann dadurch niemals herbeigeführt werden. Daran vermag auch die dagegen aufgestellte Behauptung nichts zu ändern, dass unter Umständen thatsächlich eine peremptorische Wirkung eintreten könne, wenn z. B. die Leistung des Klägers in der Vergangenheit vorgenommen werden musste und nun nicht mehr nachgeholt werden kann; denn demgegenüber ist unbedingt das Argument entscheidend, dass der retinierende Teil auch in diesem Falle, wenn er selbst freiwillig seine Leistung bewirkt hat, diese niemals mit der condictio indebiti zurückfordern kann, weil der Bestimmungsgrund für den Leistenden immer die ihm obliegende Verpflichtung gewesen ist, diese aber nicht dadurch wegfällt, dass der Kläger die von ihm übernommene Verpflichtung nicht erfüllt. — Bezüglich der Beweislast ist nichts von den gewöhnlichen Regeln Abweichendes zu bemerken: Derjenige, der sich auf die Einrede beruft, d. h. der Schuldner, muss naturgemäss ihre Voraussetzungen beweisen, also sowohl die Existenz und Fälligkeit seines Gegenanspruchs, ingleichen Höhe und Beschaffenheit, wie auch die Connexität desselben mit dem klägerischen Anspruch im Sinne des § 273, während es alsdann dem Kläger überlassen bleibt, seinerseits darzuthun, dass er denselben bereits erfüllt habe.

[1]) Wilmowski und Levy, § 686 Anm. 2.

[2]) Entscheidung des Reichsgerichts, Band XV, Nr. 118.

oder dass die Geltendmachung des Retentionsrechtes aus irgend einem der weiter unten genauer zu behandelnden Gründe ausgeschlossen sei. — Nach allgemeinen Regeln müsste man nun erwarten, dass diese dilatorische Einrede zur Abweisung der Klage führen würde, und dies ist auch, wenigstens nach der durch eine ganze Reihe von Quellenstellen gestützten Meinung Dernburg's[1]), im römischen Prozess ursprünglich das Resultat gewesen, da dieser nur eine unbedingte condemnatio kannte; doch hat sich in Anlehnung an das Verfahren bei den actiones arbitrariae wohl vor allem aus Zweckmässigkeitsgründen später eine constante Praxis, — und ihr ist die herrschende Theorie[2]) des Gemeinen Rechts gefolgt, — dahin ausgebildet, dass nicht eine Abweisung des Klägers, sondern Verurteilung des Beklagten, der den klägerischen Anspruch ja gar nicht leugnet, zu erfolgen habe, allerdings nicht schlechthin, sondern nur auf Leistung gegen Empfang der Gegenleistung, ein Resultat, welches unzweifelhaft nicht nur gerecht ist, sondern auch unbedingt dem materiellen Verlangen des Beklagten entspricht! Und wie nicht anders zu erwarten, bestimmt denn auch § 274 I B. G.-B.: „Gegenüber der Klage des Gläubigers hat die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes nur die Wirkung, dass der Schuldner zur Leistung gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung (Erfüllung Zug um Zug) zu verurteilen ist.“ — Dass die korrekte Erfüllung eines solchen Urteils, d. h. vollständige Gleichzeitigkeit der beiden Leistungen, nicht immer ganz leicht ausführbar sein wird, ist klar. „In[3]) solchen Fällen muss es genügen, wenn die Leistung in solcher Art erfolgt, dass

---

[1]) Dernburg, Compensation S. 371.

[2]) Dernburg, Compensation S. 371, Sintenis, § 91 Anm. 79, 80, Goldschmidt, S. 982.

[3]) Planck, § 274 Anm. 1.

der Leistende die volle Sicherheit hat, unmittelbar darauf die ihm gebührende Gegenleistung zu erhalten."

Wie gelangt nun aber der Gläubiger auf Grund dieses Urteils zu dem, was ihm geschuldet wird? Hat er die ihm obliegende Leistung bewirkt, so kann er seine Gegenforderung natürlich ohne weiteres im Wege der Zwangsvollstreckung beitreiben. Wie aber gestaltet sich die Sachlage, wenn der Schuldner die vom Gläubiger ordnungsmässig angebotene Leistung nicht annimmt? Der Schuldner kommt ja allerdings dadurch in Annahmeverzug und seine Gefahrtragung verschärft sich; immerhin aber hindert er durch sein Verhalten den Eintritt der Bedingung, von welcher seine eigene Leistungspflicht durch das Urteil abhängig gemacht worden ist. Hier greift dann die Vorschrift des § 274 II ein, nach welcher der Gläubiger in diesem Falle die Zwangsvollstreckung ebenso betreiben kann, als wenn er bereits wirklich geleistet hätte, und hierbei ist besonders hervorzuheben, dass der Schuldner[1]) nicht nur in Annahmeverzug gerät, wenn er die angebotene Leistung nicht annimmt, sondern ebensogut, wenn er sie zwar gerne annehmen möchte, seine Gegenleistung aber nicht anbietet.

Naturgemäss enthält das Bürgerliche Gesetzbuch keinerlei Vorschriften über die Frage, wie denn die Zwangsvollstreckung auf Grund eines solchen Urteils vorzunehmen sei; ihre Beantwortung, die immerhin in den Rahmen unseres Themas gehört, muss sich aus der Civilprozessordnung ergeben; doch enthielt die bisherige C.-P.-O. keine diesbezüglichen Bestimmungen; höchstens hätte der frühere § 664, jetziger § 726 I, vielleicht hierher passen können, der besagte: „Von Urteilen, deren Vollstreckung nach ihrem Inhalt von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritt einer anderen That-

[1]) § 298.

sache als einer dem Gläubiger obliegenden Sicherheitsleistung abhängt, darf eine vollstreckbare Ausfertigung nur erteilt werden, wenn der Beweis durch öffentliche Urkunden geführt wird." Doch nahm die herrschende Meinung[1]) mit Recht an, dass dieser Paragraph keine Anwendung finden dürfe, weil dann ja im Gegensatz zum Urteil die Zwangsvollstreckung von einer Vorleistung des Gläubigers abhängig sein würde. Vielmehr überwog bisher schon die Ansicht, — und ihr entspricht auch die durch die Novelle zur C.-P.-O. getroffene Regelung, dass eine vollstreckbare Ausfertigung eines solchen Urteils ohne weiteres verlangt werden könne, und dass erst der Gerichtsvollzieher prüfen müsse, ob der Schuldner bereits befriedigt war oder, — was dem gleichsteht, im Annahmeverzug sich befindet; eventuell „darf er die Zwangsvollstreckung nicht beginnen, bevor er dem Schuldner die diesem gebührende Leistung in einer den Verzug der Annahme begründenden Weise angeboten hat" [2]).

Bisher sind alle Fragen behandelt worden nur unter der Voraussetzung, dass der Gläubiger der einen Forderung gleichzeitig Schuldner der anderen ist. Wie steht es aber, wenn auf einer Seite ein Wechsel in der Person eintritt oder ein ganz unbeteiligter aussenstehender Dritter ein Recht auf die retinierte Leistung geltend macht? — Dass der Erbe und überhaupt jeder Universalsuccessor auf beiden Seiten ohne weiteres in das bestehende Rechtsverhältnis eintritt, ist freilich zweifellos. Anders bei Singularsuccession! — Denn da das Retentionsrecht nur dem Umstande seine Entstehung verdankt, dass der beklagte Schuldner eine Forderung gegen den Kläger hat, so könnte es so scheinen, als ob eine

---

[1]) Gaupp, Anm. 1 zu § 664 C.-P.-O. — Anderer Meinung: Schollmeyer, Anm. II zu § 274 B. G.-B.

[2]) § 756 C.-P.-O.

Uebertragung desselben nur möglich wäre[1]), „wenn der Gegenanspruch und die Leistungspflicht aus dem Hauptanspruch gleichzeitig auf den Erwerber übergehen". — Indessen ist das denn doch jedenfalls insofern unrichtig, als jeder, der eine fremde Schuld übernimmt, — was ja allerdings nur mit Genehmigung des betreffenden Gläubigers mit Wirkung diesem gegenüber möglich ist, — dem Gläubiger dieselben Einreden, die schon dem früheren Schuldner zustanden, entgegensetzen kann. Zwar gilt dies im Gemeinen Recht nur soweit dieselben nicht[2]) „nur auf diese bestimmte Schuldperson sich beziehen", doch gehören hierher immerhin nur so höchst persönliche Einreden, wie das beneficium competentiae, während das Retentionsrecht sich doch in gewisser Weise auch auf die gegenüberstehende „connexe" Forderung selbst bezieht, und das Bürgerliche Gesetzbuch[3]) hat diesen Unterschied ganz fallen lassen. Ausdrücklich hervorgehoben ist übrigens in dieser Beziehung noch der Fall, dass es sich um Verwendungen in einer Sache handelt, indem, wenn diese cediert wird, auch der neue Erwerber ipso iure wegen der Verwendungen seines Autors retinieren kann[4]).

Nur nebenbei sei bemerkt, dass in 2 Fällen das Zurückbehaltungsrecht auch einem an der Gegenforderung Unbeteiligten zusteht, nämlich dem Bürgen[5]), der ja ganz allgemein die Einreden des Hauptschuldners geltend machen kann, und analog dem Hypothek-[6]) bezw. Pfandschuldner[7]), der nicht gleichzeitig persönlicher Schuldner ist. —

1) So Langfeld, S. 135.
2) Windscheidt, III S. 378.
3) § 417.
4) l. 14 § 1 D. 10, 3; — § 999 I B. G.-B.
5) Windscheidt, III S. 1014 resp. § 768 B. G.-B.
6) § 1137.
7) § 1211 B. G.-B.

Nicht so ganz einfach liegt anderseits auch die Sache, wenn ein Wechsel auf der Gläubigerseite eingetreten ist. Hier muss unterschieden werden, ob der neue Gläubiger sein Recht mit einer ihm von dem ursprünglichen Gläubiger cedierten Klage verfolgt oder nicht; dass dem Cessionar die Einwendungen entgegengesetzt werden können, — einerlei, ob er dinglich oder persönlich klagt, — die dem Schuldner gegen den Cedenten zustanden, ist, abgesehen von denselben Ausnahmen wie bei der Schuldübernahme[1]), für das Gemeine Recht allgemein anerkannt[2]) und auch für das neue Recht unbedingt anzunehmen; denn § 404 B. G.-B. bestimmt ausdrücklich: „Der Schuldner kann dem neuen Gläubiger die Einwendungen entgegensetzen, die zur Zeit der Abtretung der Forderung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren.“ Gerade das Gegenteil muss dagegen gelten, wenn der Dritte ein selbständiges Recht auf die Leistung hat, sei es dinglich, z. B. Eigentum oder Pfandrecht, oder persönlich, z. B. auf Grund der actio quod metus causa. — Ja es ist sogar gleichgültig, von wem er dieses Recht erlangt hat, nur darf er es nicht iure cessionis von dem ursprünglichen Gläubiger erworben haben; falls also z. B. der Pfandschuldner an der Pfandsache einen Niessbrauch bestellt hat, so dringt der Usufructuar — gegenüber dem Retentionsrecht des Pfandgläubigers wegen seiner übrigen Forderungen, — mit seiner Klage durch[3]), und dabei kann es auch nicht im Geringsten von Belang sein, dass das Recht des Dritten erst später entstanden ist, wie das Retentionsrecht, oder dass er um dieses bei dem Erwerb seines Rechtes gewusst hat. Zwar scheint dies in Widerspruch zu stehen mit dem bekannten Satze

[1]) S. oben S. 30.

[2]) Windscheidt, III S. 347.

[3]) Langfeld, S. 137 Anm. 2.

„nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet", doch ist demgegenüber absolut entscheidend, dass das Retentionsrecht eben nur persönlich wirkt und daher ganz allgemein dem dinglichen Anspruch weichen muss. — Eine Ausnahme nur, — allerdings eine sehr wichtige, — besteht auch in diesem Falle wieder! Das Retentionsrecht dringt nämlich durch, wenn es sich auf Verwendungen, die in der Sache stecken, stützt, weil hier durch die Klageerhebung meistens überhaupt erst die Person des Ersatzpflichtigen bestimmt wird [1]). — So das Gemeine Recht!

Im Bürgerlichen Gesetzbuch finden sich keine diesbezüglichen Bestimmungen; doch muss nach allgemeinen Grundsätzen dasselbe gelten, wie früher, dass nämlich dinglich Berechtigte, — und dazu gehören nach § 804 II C.-P.-O. auch die Pfändungspfandgläubiger, — ihm nicht unterworfen sind [2]); dass anderseits die gleiche Ausnahme wie oben Platz greifen muss, ergiebt sich aus § 999 II: „Die Verpflichtung des Eigentümers zum Ersatze von Verwendungen erstreckt sich auch auf die Verwendungen, die gemacht worden sind, bevor er das Eigentum erworben hat."

Im engsten Zusammenhang mit dem oben Erörterten steht die Frage, ob und wie das Zurückbehaltungsrecht durch den Konkurs des Gegners beeinflusst wird. — Während nun aber die ältere gemeinrechtliche Doktrin [3]) dem Retentionsrecht im Konkurs alle und jede Wirkung absprach, — unter Berufung auf den „attraktiven Charakter" des gemeindeutschen Konkursprozesses, um dessentwillen sich alle Gläubiger, auch die hypothekarischen, in den

---

[1]) Betreffs dieses ganzen Teiles cfr. Goldschmidt, S. 990 bis 992, Langfeld, S. 137 u. 138.

[2]) Ebenso Dernburg, bürgerl. Recht II S. 126.

[3]) Glück, XV S. 132, Schenck, S. 353.

Konkurs einlassen müssten, — ist später zuerst behauptet worden, dass sich dies jedenfalls nur auf dem Gemeinschuldner gehörige Sachen beziehen könne, dann, dass das Recht immer dann wirksam bleiben müsse, wenn es sich auf Verwendungen in die Sache gründe, und schliesslich ist wohl die Meinung in Theorie und Praxis durchgedrungen [1]), dass dasselbe in jedem Falle auch im Konkurs geltend gemacht werden könne, da die Konkursgläubiger keine grösseren Rechte ausüben könnten als der Gemeinschuldner selbst, — es sei denn natürlich, dass sie selbständige dingliche Rechte besässen, — und [2]) „auch die attraktive Eigenschaft des Konkursprozesses kann nicht dazu missbraucht werden, um ein wohlbegründetes Sicherungsmittel zu vereiteln". Anders ist die durch die Reichskonkursordnung vom Jahre 1877 getroffene Regelung. Deren § 1 bestimmt nämlich: „Das Konkursverfahren umfasst das gesamte, einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört", und § 2 (§ 3I in der neuen Fassung), besagt: „Die Konkursmasse dient zur gemeinschaftlichen Befriedigung aller persönlichen Gläubiger, welche einen zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens begründeten Vermögensanspruch an den Gemeinschuldner haben". — Hieraus ergiebt sich notwendigerweise, dass der Retinierende jedenfalls stets dann das Objekt an die Masse abliefern muss, wenn dasselbe schon dem Gemeinschuldner selbst „gehörte", und die Motive [3]) begründen den hieraus folgenden Verlust des Retentionsrechtes damit, dass „die Billigkeit, auf welche der Inhaber sich für das Retentionsrecht gegen den Schuldner würde berufen können, in

[1]) Goldschmidt, S. 993, Langfeld, S. 141.

[2]) v. Vangerow, I, S. 866.

[3]) Motive zum Entwurf einer Konkursordnung S. 213.

noch höherem Masse die übrigen Konkursgläubiger . . . . dafür werden anrufen können, dass der Inhaber die ihnen allen gemeinschaftlich haftende Sache zur Konkursmasse abliefere.“ — Indes gilt diese Regel denn doch nicht ohne Ausnahme, vielmehr gab die alte Konkursordnung [1]) neben verschiedenen gesetzlichen Pfandgläubigern zwei Kategorien von Retentionsberechtigten ein Absonderungsrecht, nämlich

1. beim Werkvertrag dem Unternehmer wegen seiner Forderungen für Arbeit und Auslagen, — eine Bestimmung, die in dieser Form durch die Novelle beseitigt ist, weil nach dem B. G.-B. [2]) der Unternehmer ein gesetzliches Pfandrecht hat, — und

2. übereinstimmend mit der neuen Fassung [3]), denjenigen, welche etwas zum Nutzen einer Sache verwendet haben, wegen des den noch vorhandenen Vorteil nicht übersteigenden Betrags ihrer Forderung aus der Verwendung, in Ansehung der zurückbehaltenen Sache.“ Nur ist in letzterer Hinsicht für das neue Recht durch die Novelle [4]) wieder eine Ausnahme gemacht, indem zur Vermeidung von Verzögerungen im Nachlasskonkurs das Absonderungsrecht dem Erben versagt wird, der aber dafür nach § 224 I Massegläubiger ist. —

Anders muss sich aber wohl die Entscheidung gestalten, wenn dem Gemeinschuldner nur ein obligatorischer Anspruch auf das Retentionsobjekt zustand. Der ja notwendig sehr naheliegende Schluss a contrario aus der besonderen Hervorhebung des Verwendungsanspruchs kann hiergegen deshalb nicht als stichhaltig durchdringen, weil man, wie sich mit unwiderleglicher Klarheit aus den Motiven [5])

[1]) § 41.
[2]) § 647.
[3]) § 49 III.
[4]) § 223.
[5]) Motive S. 212—214.

ergiebt, bei der Abfassung der Konkursordnung lediglich an ein Zurückbehaltungsrecht an Sachen des Gemeinschuldners gedacht hat. Falls dies aber nicht vorliegt, bildet eben nicht die betreffende Sache selbst, sondern nur die Forderung darauf einen Bestandteil der Masse und zwar nur in dem Zustande, wie sie bereits vorher war, d. h. behaftet mit allen ihr entgegenstehenden Einreden, und demnach bleibt insoweit das Zurückbehaltungsrecht auch trotz der Konkurseröffnung in Kraft [1]), d. h. natürlich immer vorausgesetzt, dass es bereits vorher bestand; denn nach § 15 (12 der alten Fassung), kann ein solches später mit Wirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern nicht mehr erworben werden.

Mit dem Vorstehenden ist bereits das Gebiet der Thatsachen betreten, durch deren Eintritt entweder ein schon entstandenes Zurückbehaltungsrecht beendigt wird, oder dessen Ausübung wenigstens im Laufe der Zeit durch Parteithätigkeit oder von vornherein kraft Gesetzes ausgeschlossen ist. — Um mit dem letzteren Punkt zu beginnen, so ist hier im Gemeinen Recht stets äusserst streitig gewesen, ob die Ausübung unseres Rechtes Gutgläubigkeit und Fehlerlosigkeit des Besitzes bei dem Retinenten voraussetze. Während aber z. B. Glück [2]) Rechtmässigkeit unbedingt verlangt, und auch Schenck [3]) nur dem Besitzer, der nicht vi, clam, precario ab adversario, also fehlerfrei gegenüber dem Retentionsgegner besitzt, das Recht zusprechen will, ist man später zu der sehr gemilderten Auffassung gekommen, dass [4]) „an und für sich der Retinent weder rechtmässig noch fehlerfrei noch in

[1]) Ebenso Langfeld, S. 143.
[2]) Glück, XV S. 115.
[3]) Schenck, S. 90.
[4]) Goldschmidt, S. 971.

gutem Glauben zu besitzen braucht", wie vor allem das Retentionsrecht des unredlichen Besitzers, gegenüber der rei vindicatio wegen notwendiger und gegenüber der heriditatis petitio sogar wegen nützlicher Verwendungen beweist. „Allerdings[1]) steht doch wohl dem unredlichen und vitiösen Besitzer die Billigkeit, auf welche allein das Retentionsrecht sich gründet, nur ausnahmsweise zur Seite." Einleuchtend dürfte vielleicht der Unterschied sein, den Langfeld[2]) macht, dass es sich nämlich frage, ob der Gegenanspruch des Retinenten bereits vor der fehlerhaften Besitzergreifung bestanden habe, — dann sei das Retentionsrecht stets abzusprechen, während dies im anderen Falle nach Massgabe des einzelnen Rechtsverhältnisses erst geprüft werden müsse. — Nur dem Dieb ist das Zurückbehaltungsrecht ohne weiteres versagt. — Ebensowenig lässt sich ein allgemeiner diesbezüglicher Grundsatz für das B. G.-B. aufstellen; wir finden auch hier wieder die Einzelbestimmung der §§ 994 und 2022, wonach auch der bösgläubige Besitzer auf Grund von § 1000 wegen eines Anspruchs auf Ersatz von Verwendungen, — gegenüber der Eigentumsklage der notwendigen, gegenüber der Erbschaftsklage dagegen aller, — hat, doch beruht auch nach B. G.-B. das ganze Retentionsrecht so sehr auf dem Grundsatze von Treu und Glauben, dass seine Ausübung in den meisten sonst hier in Betracht kommenden Fällen ausgeschlossen sein wird; jedenfalls bestimmt das Gesetzbuch, in Erweiterung der oben für den Dieb gegebenen römischen Vorschrift, ausdrücklich, dass das Recht nie Platz greifen soll, wenn der Betreffende selbst „den Gegenstand durch eine vorsätzliche unerlaubte Handlung erlangt hat"[3]).

---

[1]) Goldschmidt, S. 971.

[2]) Langfeld, S. 113 u. 114.

[3]) § 273 II.

Für das Gemeine Recht ist noch zu bemerken, dass ganz naturgemäss ein Zurückbehaltungsrecht an res extra commercium unmöglich ist; im übrigen sind dann lediglich zwei hierher gehörige Sonderbestimmungen zu nennen, wonach dem Depositar wegen seiner Verwendungen die Retention an der deponierten Sache [1]) und dem Eigentümer eines Grundstückes, wenn dasselbe durch fremdes Vieh beschädigt ist, an diesem Vieh [2]) versagt ist.

Beide Bestimmungen finden wir im B. G.-B. nicht, dagegen enthält dieses, resp. auch andere Reichsgesetze, eine Anzahl anderer hierher gehöriger Vorschriften. So schliesst § 175 ein Zurückbehaltungsrecht des Bevollmächtigten an der Vollmachtsurkunde aus, die gleiche Anordnung trifft § 556 für den Miether von Grundstücken oder Wohnungsräumen — (dem nach § 581 der Pächter gleichsteht), — ferner das Reichsgesetz vom 22. Juni 1889 [3]) für Arbeitgeber etc. bezüglich der Quittungskarte der Alters- und Invaliditäts-Versicherung; schliesslich aber lässt § 273 B. G.-B. — und die Tragweite dieser Vorschrift ist nicht zu unterschätzen, — ein Zurückbehaltungsrecht nur zu, „sofern nicht aus dem Schuldverhältnisse sich ein Anderes ergibt". Dies würde z. B. zutreffen, wenn jemand zur Rechnungslegung verpflichtet wäre [4]), diese aber so lange verweigern wollte, bis er Ersatz für seine Auslagen erhielte; denn diese ergeben sich ja eben erst mit Sicherheit aus der Rechnung; und das Gleiche würde wohl in manchen Fällen betreffs der im übrigen im Gegensatz zum römischen Recht voll zulässigen Verweigerung der Herausgabe eines in Verwahrung gegebenen Gegenstandes zu gelten haben,

[1]) l. 11 Cod. 4, 34.

[2]) l. 39 § 1 D. 9, 2.

[3]) § 108 II u. III.

[4]) Schollmeyer, Anm. 2 b α zu § 273.

insbesondere aber unbedingt stets dann, wenn die Verweigerung der Leistung nicht nur einstweilige Hemmung, sondern geradezu Unmöglichkeit der Leistung herbeiführen würde, z. B. bei Fixgeschäften und ähnlichen Obligationen, bei denen die Einhaltung der Lieferungszeit derartig wesentlich ist, dass die Verspätung der Leistung gleich gänzlicher Nichterfüllung sein würde, ingleichen häufig bei geschuldeten Omissivhandlungen [1]) etc.

Eine Streitfrage ist dann weiterhin die, ob der Wert der retinierten Leistung dem des Gegenanspruchs entsprechen muss, und im Zusammenhang damit, ob und inwieweit das Retentionsrecht durch eine Teilleistung seitens des Gegners ausgeschlossen wird, ob letzterer auch eine Teilleistung seitens des Berechtigten folgen muss. Nicht in Betracht können dabei naturgemäss die Fälle kommen, in denen eine Wertvergleichung überhaupt nicht möglich ist, — etwa weil eine der zu machenden Leistungen lediglich für den betreffenden Gläubiger von Interesse ist, — oder in denen das Retentionsobjekt selbst unteilbar ist. Indessen nimmt auch für den anderen Fall die weitaus herrschende Lehre [2]) an, dass eine Teilleistung ohne Einfluss auf das Retentionsrecht sei; denn [3]) „wenn einmal zwei Ansprüche in einen solchen Zusammenhang gebracht sind, dass die Existenz des einen die Wirksamkeit des anderen hemmt, muss dieser hemmende Einfluss jenen Anspruch an sich auch in seinem ganzen Umfange ergreifen"; andererseits ist der Hauptzweck des Retentionsrechtes Antrieb zur Gegenleistung, und die darin liegende indirekte Nötigung würde natürlich nicht unerheblich an Kraft verlieren, wenn auch das zurückbehaltene Objekt stets um einen entsprechenden Teil

[1]) cfr. S. 10.

[2]) Schenck, S. 108—110, Langfeld, S. 115.

[3]) Langfeld, S. 116.

verringert werden müsste. Dem unter anderen von Goldschmidt[1]) hiergegen geltend gemachten Einwand, dass dem Retinierenden über den zur Deckung des Restbetrages seiner Forderung nötigen Teil hinaus keine exceptio doli zustehe, räumt die herrschende Ansicht[2]) nur insoweit eine Bedeutung ein, als dem Rechte eine Grenze gesteckt sei, sobald seine Ausübung lediglich der Chikane dienen könne.

Das Bürgerliche Gesetzbuch schweigt über diese Frage gänzlich! — Da aber § 273 schlechthin sagt: „der Schuldner kann die geschuldete Leistung verweigern", wird man im Allgemeinen auch hier dem Schuldner die Berechtigung zur Verweigerung der ganzen Leistung zuerkennen müssen; indes ist ihm immerhin eine Schranke jedenfalls gesetzt durch § 226, welcher besagt: „Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem Anderen Schaden zuzufügen". — Ja, man wird wohl noch einen Schritt weiter gehen und sagen dürfen: da das ganze Zurückbehaltungsrecht nur ein Ausfluss der Billigkeit ist und deshalb ganz besonders auf dem nach § 242 für das gesamte Recht der Schuldverhältnisse anzuwendenden Grundsatze von Treu und Glauben beruht, muss dasselbe jedenfalls stets dann ausgeschlossen sein, wenn seine Ausübung hiergegen verstossen würde, zumal, wenn also z. B. die rückständige Leistung des Gegners verhältnismässig geringfügig ist, eine Ansicht, die sehr gewichtige Unterstützung nicht nur darin findet, dass nach den Protokollen[3]) dem Mieter das Recht versagt ist, „weil die darin liegende Sicherheit der Regel nach in keinem Verhältnis zum Betrage der Ansprüche des Mieters stehe", sondern insbesondere

[1]) Goldschmidt, S. 987.
[2]) Langfeld, S. 116.
[3]) Protokolle Bd. II, S. 189.

darin, dass das Gesetz in § 320 genau die gleiche, unten noch näher zu erläuternde Regelung trifft für die gegenseitigen Verträge, aus deren synallagmatischer Natur doch streng folgerichtig das Gegenteil sich ergeben müsste [1]).

Eine anderweite Konsequenz dieses Grundsatzes von Treu und Glauben ist die, dass schliesslich der Retentionsgegner die Ausübung unseres Rechtes dadurch abwenden kann, dass er genügende andere Sicherheit leistet. Zwar ist das für das Gemeine Recht früher teils [2]) schlechterdings bestritten, teils [3]) nur dann zugelassen worden, falls die Forderung des Retinierenden noch nicht liquide ist, indes steht die herrschende Lehre auf dem Standpunkt, Kaution jedenfalls dann für genügend zu erachten [4]), „wenn die sofortige Effektuierung der dem Retentionsberechtigten geschuldeten Leistung ohne Schuld des Pflichtigen mit erheblichen Schwierigkeiten verknüpft oder zur Zeit überhaupt unausführbar ist", doch ist [5]) „in der Regel weder Verbalkaution, noch selbst Kaution durch Bürgen oder Pfand hinreichend", weil die Lage des Retinierenden durch die alsdann nötige Klage unbilligerweise erschwert werden würde.

Das B. G.-B. macht auch hier jedem Streit ein Ende; § 273 III sagt ohne Rücksicht auf Liquidität oder dergleichen: „Der Gläubiger kann die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes durch Sicherheitsleistung abwenden"; dieselbe hat zu erfolgen nach den Vorschriften der §§ 232—240, jedoch ist ausnahmsweise „die Sicherheitsleistung durch Bürgen ausgeschlossen" [6]).

---

[1]) Aehnlich Schollmeyer, § 273 Anm. 1b.
[2]) Schenck, S. 339—42.
[3]) Glück, Bd. XV S. 124.
[4]) Langfeld, S. 133.
[5]) Goldschmidt, S. 987 Anm. 24.
[6]) § 273 III.

Von den Gründen, die ein schon zu Recht bestehendes Retentionsrecht ipso iure beendigen, ergibt sich der grösste Teil, — im Allgemeinen gleich für Gemeines Recht wie B. G.-B. — von selbst aus dem bisher Gesagten; dahin gehört vor allen Dingen, dass es ohne weiteres erlischt, wenn eine der Voraussetzungen, d. h. einer der beiden Ansprüche oder eines ihrer notwendigen Erfordernisse wegfällt; denn wenn der Retinent durch den Untergang der Gegenforderung von seiner Leistungspflicht frei geworden ist, so hat er eben nichts mehr, was als Objekt seines „Zurückbehaltens" dienen könnte, und wenn er anderseits seines Forderungsrechtes verlustig gegangen ist, ist keine Grundlage mehr da, auf die er seine Befugnis stützen könnte. Daher geht das Retentionsrecht stets unter durch Erfüllung und ihre Surrogate, Erlass, Aufrechnung, Konfusion, ebenso durch Verjährung [1]) eines Anspruchs, doch ist in letzterer Beziehung zu bemerken, dass eine Verjährung nicht möglich ist, so lange die zu Grunde liegende Forderung, wie namentlich gemeinrechtlich der Verwendungsanspruch nicht im Wege der Klage geltend zu machen ist.

Ob wirkliche Erfüllung auch des schuldnerischen Anspruchs erforderlich sei, war im Gemeinen Recht sehr bestritten; denn sehr gewichtige Stimmen [2]) sprachen sich, in Anlehnung an den häufig in den Quellen [3]) vorkommenden Ausdruck „nisi offerat", dafür aus, dass reales Angebot seitens des Gläubigers genügen müsse, weil das Retentionsrecht lediglich bezwecke, „den der Befriedigung des Gegenanspruchs widerstrebenden Willen des Gläubigers zu brechen" [4]), dieser Zweck aber notwendig schon

[1]) cfr. oben S. 14 u. 15.

[2]) Langfeld, S. 121.

[3]) z. B. l. 27 § 1 D. 9, 4. l. 28 pr. D. 13, 7. l. 94 pr. D. 46, 3.

[4]) Langfeld, S. 121.

dann erreicht sei, wenn der andere sich zur Erfüllung erbiete. Dahingegen ist aber doch wohl zu sagen, dass es nicht im mindesten einzusehen ist, weshalb durch die einmalige Ausschlagung das Recht auf die Gegenleistung selbst oder auch nur darauf, dass dieselbe gleichzeitig mit der anderen erfolge, verloren gehen sollte; vielmehr liegt eine genügende Strafe für den Ausschlagenden wohl schon darin, dass ihm wohl ausnahmslos die Kosten des durch seine Handlungsweise erforderlich werdenden Prozesses zur Last fallen werden. — Das B. G.-B. nimmt in gewisser Beziehung einen vermittelnden Standpunkt ein. Im allgemeinen kann danach von einer derartig starken Wirkung des Annahmeverzuges keine Rede sein; denn in den §§ 300—304, die eine zusammenhängende Darstellung dieser Wirkungen enthalten, findet sich keine derartige Vorschrift. Dies ändert sich aber, sobald das Urteil gefällt ist. Denn nach § 274 II ist in der Vollstreckungsinstanz der Annahmeverzug der Erfüllung insofern gleichgestellt, als nunmehr die Zwangsvollstreckung ohne Bewirkung der Gegenleistung frei erfolgen kann.

Die Konnexität der beiden Ansprüche kann, wenn sie einmal vorhanden ist, schlechterdings nicht mehr verloren werden, und auch die Novation, der man früher [1]) wohl diesen Erfolg zuschrieb, bewirkt doch eben vor allem den Untergang der Forderung selbst und erst dadurch indirekt den Verlust der Konnexität.

Von anderen Endigungsgründen ist insbesondere der Verzicht zu nennen, während eine Verjährung [2]) des Rechtes selbst deswegen unmöglich ist, weil es lediglich zur Abwehr eines fremden Angriffs berechtigt, ein positives Handeln aber nie ermöglicht. Schliesslich soll das

[1]) Schenck, S. 356.

[2]) Langfeld, S. 145.

Zurückbehaltungsrecht stets endigen, mit dem „thatsächlichen, wenn auch unfreiwilligen Aufhören der Inhabung oder der Retention"; so wenigstens die allgemein herrschende Lehre des Gemeinen Rechts[1]) und die Motive[2]) zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Doch ist das wohl, wenigstens streng wörtlich genommen, nicht ganz richtig; denn selbst, wenn dem Schuldner durch Verlust des Retentionsobjekts die Erfüllung seiner Pflicht unmöglich wird, kann er, wenn er nicht gleichzeitig von dieser Pflicht selbst frei geworden ist, immer noch die Einrede des Zurückbehaltungsrechts geltend machen, und sogar der Nachweis des Klägers, dass der Schuldner die Sache zur Zeit gar nicht besitze, führt nicht zu ihrer Verwerfung, da der Schuldner alsdann den zu leistenden Schadensersatz retinieren kann[3]). Vielmehr muss korrekt gesagt werden, dass das Zurückbehaltungsrecht erst dann erlischt, wenn der Berechtigte nicht mehr zu verhindern vermag, dass der Gegner sich das Objekt auf einem anderen rechtmässigen Wege verschaffen kann. Allerdings lebt das Recht auch dann wieder auf, falls der Berechtigte den betreffenden Gegenstand wiedererlangt, selbst wenn inzwischen der Gegner ihn in seiner Gewalt gehabt hat, aber unser Recht gibt dem Retinierenden an und für sich keinen Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes; nur ist es freilich leicht möglich, dass ihm aus anderen Gründen verschiedene Mittel zu Gebote stehen; so kann er sich unter Umständen mit der Eigentumsklage, eventuell — allerdings im Gemeinen Recht auch nur, falls er juristischer Besitzer war, — mit den possessorischen Rechtsmitteln, respektive der Klage aus § 861,

---

[1]) Schenck, S. 354; Goldschmidt, S. 988.

[2]) Motive, Bd. II S. 43.

[3]) Aehnlich Schollmeyer, Anm. 5 zu § 273.

vielleicht auch aus einem Delikt oder Kontrakt den Gegenstand wiederverschaffen, doch ist jedenfalls die Lage des Schuldners, wenn das Objekt in die Hände des Gegners selbst geraten sein sollte, ziemlich prekär. — Dass das Retentionsrecht auch dann endigen muss, wenn ein Dritter ein selbständiges Recht auf den Gegenstand desselben geltend macht, ist bereits oben [1]) gesagt, und ebenso ist es nur ein Ergebnis aus früheren [2]) Bemerkungen, dass ein Fortbestehen unmöglich wird, sobald ein Dritter entweder an Stelle des Berechtigten dessen Leistungspflicht mit dem Retentionsobjekt übernimmt, ohne gleichzeitig auch die Gegenforderung cediert zu erhalten, oder eben als Gläubiger in die Forderung eintritt, ohne die Schuld zu übernehmen.

Wenn sich aus dem bisher Gesagten, aus den Voraussetzungen, den Wirkungen und der Beendigung des Zurückbehaltungsrechtes, notwendig und konsequent das Wesen, d. h. der juristische Charakter desselben ergeben muss, so ist nicht zu verwundern, dass den vielen im Vorigen streitigen Punkten entsprechend in der Litteratur des Gemeinen Rechts hierüber erst recht keine Einmütigkeit herrschen kann. — Die älteste Anschauung, noch von Faselius [3]) und Glück [4]) vertreten, behauptete, unser Recht sei nur ein Ausfluss des Besitzes; sie ist natürlich im selben Augenblick als unbrauchbar verworfen worden, als man erkannte, dass Besitz zu seiner Ausübung gar nicht erforderlich ist. — Auch die von Glück [5]) später vertretene Ansicht, „die Retention sei unstreitig eine Art von Selbsthülfe“, hat sich schon um deswillen

---

1) cfr. S. 31/32.

2) cfr. S. 30.

3) Faselius, § 4 III.

4) Glück, Bd. II, S. 585.

5) Glück, Bd. XV, S. 122.

nicht zu behaupten vermocht, weil dieselbe vor dem Richter, und zwar nur durch die Mittel, die das Recht selbst dem Retinierenden in die Hand gibt, zur Geltung gebracht wird. — Schenck[1]) macht nur einen schwachen, ganz unzulänglichen Versuch einer Definierung, insofern er meint, „das Retentionsrecht sei ein accessorisches, unteilbares, persönliches, nicht subsidiäres Recht"; denn selbst zugegeben, dass der Satz auf die Bestimmungen unseres Rechtes passt, so ist es doch wohl kaum angängig, durch ein rein rechnerisches Zusammenaddieren der vier Haupteigenschaften eines Rechtes dessen Wesen zu bestimmen.

Auch Savigny[2]) hat sich an einer Charakterisierung versucht; seine Ansicht, „das Retentionsrecht sei nichts anderes als eine Anwendung der exceptio doli, die sich von anderen Anwendungen dieser exceptio nur faktisch und zufällig unterscheide", ist im Gemeinen Recht jedoch nie zur Anerkennung gekommen, — Dernburg[3]) geht so weit, ihre Aufstellung als einen „Akt wissenschaftlicher Verzweiflung" zu bezeichnen, — weil man sagte, damit sei lediglich die prozessuale Seite des Rechts in Betracht gezogen, während die darüber hinausgehende materielle, die eine ganz selbständige, von allen anderen Rechten verschiedene Natur zeige, gänzlich ausser acht gelassen sei. Die Berechtigung dieses Einwandes ist bis zu einem gewissen Grade zuzugeben, indessen steckt doch auch in der Savigny'schen Ansicht ein richtiger Kern, und um diesen zu finden, müssen wir auf einige Grundbegriffe der Rechtswissenschaft noch etwas näher eingehen. Man pflegte früher von subjectiven Rechten, —

---

[1]) Schenck, S. 69.

[2]) Savigny, § 36.

[3]) Dernburg, Compens. S. 366.

und dass das Retentionsrecht hierzu gehört, ist ja wohl unzweifelhaft, — zwei Arten zu unterscheiden[1]):

1. Die sogenannten „Sollrechte", — denen zufolge ein anderer etwas thun oder unterlassen muss, zu Gunsten des Berechtigten, dem gleichzeitig die Verfügungsgewalt eingeräumt ist über das Eintreten und die Durchführung des verheissenen gerichtlichen Schutzes; hierher gehört wie jedes Forderungsrecht auch der Anspruch, auf Grund dessen das Retentionsrecht ausgeübt wird, niemals aber dieses selbst!

Und 2. die „Darfrechte", deren Wesen in einem an die zu berechtigende Person gerichteten Erlaubnissatz, verbunden mit gewissen Störungsverboten an die umgebende Aussenwelt besteht. Ein solches[2]) „Recht, die Handlung des Verweigerns der Leistung vorzunehmen", liegt aber selbstverständlich nicht vor, und auch hierunter kann also das Retentionsrecht keinen Platz finden; die Classifizierung musste daher früher ganz erhebliche Schwierigkeiten bereiten; denn das Gebiet der ursprünglichen subjectiven Rechte ist mit den beiden genannten Categorien abgeschlossen. Nun fand man aber[3]), dass auf der Grundlage dieser ursprünglichen weitere sekundäre, abgeleitete Begriffe sich bilden lassen und von der Rechtsordnung auch wirklich ausgebildet worden sind; und hierher gehören, neben den „Rechten am Vermögen", die erst von Zitelmann sogenannten „Rechte des rechtlichen Könnens", deren gemeinsames Moment darin liegt, dass sie Macht über eine gewisse Rechtswirkung gewähren, insofern als eine bestimmte „Person[4]) die be-

---

[1]) Vgl. über das Folgende: Zitelmann, Internat. Privatrecht I, S. 48 ff.

[2]) Zitelmann, Bürgerl. Gesetzb., S. 28.

[3]) Ueber das Folgende vergl. Zitelmann, Internat. Privatrecht II, S. 32—45.

[4]) Zitelmann, Internat. Privatrecht II, S. 43.

sondere rechtliche Möglichkeit hat, durch eine Willenserklärung eine Rechtswirkung, an der sie, sei es für sich, sei es für einen Dritten ein Interesse hat, herbeizuführen oder eine ihr unvorteilhafte Rechtswirkung zu hindern". — Dass dieser Begriff in vollkommenster Weise auf das Zurückbehaltungsrecht passt, dürfte auf den ersten Blick einleuchtend sein; denn dieses besteht in der Macht, die gerichtliche Durchführung des gegnerischen Anspruchs zu Gunsten des Berechtigten in gewisser Weise zu beeinflussen. Insofern ist also die Savigny'sche Definition[1]) nicht ganz zu verwerfen, und insbesondere als richtig anzuerkennen auch die Crome'sche Ansicht[2]): „Das Zurückbehaltungsrecht ist weder ein persönliches noch ein dingliches Recht, obschon es persönlichen und dinglichen Ansprüchen wirksam gegenüber treten kann. Es ist eine diesen Ansprüchen entgegenstehende Einrede." Denn den Charakter als „Recht des rechtlichen Könnens" teilt es eben mit allen Einrederechten, ja derselbe ist sogar lediglich die Consequenz aus seiner Natur als eines solchen. — Der besondere materielle Inhalt unseres Rechtes aber dürfte sich am besten aus einer Zusammenfassung der Langfeld'schen[3]) und der Dernburg'schen[4]) Definition dahin ergeben, dass das Zurückbehaltungsrecht sich einerseits als ein Verteidigungsmittel gegenüber einem Anspruche, anderseits aber gleichzeitig als ein Hülfsrecht zur Sicherung und indirektes Zwangsmittel zur Verwirklichung eines Gegenanspruchs des Schuldners darstellt.

Hiermit dürfte der Inhalt der §§ 273, 274 B. G.-B., das heisst die Bestimmungen über das Zurückbehaltungs-

---

[1]) Siehe oben S. 45.

[2]) Crome, S. 546.

[3]) Langfeld, S. 150.

[4]) Dernburg, Bürgerl. Recht II, S. 122.

recht im technischen Sinne, wenigstens dem Umfang der vorliegenden Arbeit entsprechend, zur Genüge dargelegt sein; es erübrigt noch auf den im Thema bezogenen § 320 B. G.-B. einzugehen, dessen erster Satz lautet: „Wer aus einem gegenseitigen Vertrage verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern, es sei denn, dass er vorzuleisten verpflichtet ist.“ — Der Paragraph enthält also die Regelung der gemeinrechtlichen sogenannten exceptio non adimpleti contractus, die der § 202 B. G.-B. technisch als „Einrede des nicht erfüllten Vertrages“ bezeichnet.

Die Voraussetzungen derselben sind einfach: erforderlich sind zwei zwischen denselben Personen bestehende, einander entgegengesetzte, fällige Forderungen, die, — entsprechend dem Erfordernis der Connexität beim Retentionsrecht, — aus einem gegenseitigen Vertrage herrühren müssen. — (Dass übrigens nach Gemeinem Recht auch in diesem Fall unter Umständen eine klaglose Naturalobligation als Grundlage des geltend zu machenden Rechtes genügte, ergibt die Behandlung der sogenannten „negotia claudicantia“. Bei einem solchen „hinkenden Vertrage“ nämlich, der hauptsächlich dadurch entsteht, dass ein Minderjähriger ohne die erforderliche Zustimmung seines Gewalthabers einen zweiseitigen Vertrag schliesst, ist zwar der Minderjährige, der sich nicht verpflichten kann, nicht, der andere Teil vollständig gebunden, — indessen kann der letztere, wenn er von jenem auf Erfüllung belangt wird, doch die exceptio non adimpleti contractus vorschützen. — Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt derartige „hinkende Verträge“ nicht.) — Der Begriff des zweiseitigen Vertrages ist wohl nie streitig gewesen; sein Wesen besteht nach Gemeinem Recht wie B. G.-B. darin, dass mit Notwendigkeit jede Partei aus ihm verpflichtet, jede aber auch forderungsberechtigt ist. Sehr fraglich

war nur im früheren Recht, in welchem Verhältnisse diese beiden Ansprüche zu einander ständen, und da der Streit niemals endgültig entschieden worden ist, mag es angebracht erscheinen, auf die zwei wichtigsten über diesen Punkt aufgestellten, einander schroff gegenüberstehenden Theorien etwas näher einzugehen: „Es entstehen aus dem Abschluss eines zweiseitigen Vertrages", — so sagt Keller[1]), — „nicht zwei selbständige einseitige Forderungen, nur in entgegengesetzter Richtung, sondern für jeden der beiden Contrahenten nur ein Recht auf Austausch der gegenseitig versprochenen Leistungen".

„Sogleich mit dem Abschlusse des Vertrages," — urteilt dagegen Thon[2]), — „sind auf beiden Seiten Verpflichtungen entstanden, zu deren Erzwingung auch einem jeden Teile sofort ein Anspruch erwächst . . . . Demzufolge ist aber auch die Verpflichtung eines jeden Teils zunächst eine völlig selbständige."

Nach langem Streit ist schliesslich wohl die letztere Ansicht in Theorie und Praxis durchgedrungen, weil ihre Verteidiger, — bei der Unmöglichkeit[3]), aus den ziemlich zahlreichen, teils sich widersprechenden, teils wenigstens unklaren Quellenstellen eine sichere Entscheidung zu finden, — sich stützen konnten darauf, dass die Verjährung der beiden Ansprüche sofort mit dem Abschluss des Vertrages beginnt, und weil sich nur aus ihr der Satz: periculum est emptoris zwanglos in der Weise erklären lässt, dass, wenn auch durch den Untergang der gekauften Sache die Forderung des Käufers hinfällig wird, doch seine eigene Verpflichtung, — weil ja gänzlich selbstständig, — bestehen bleibt. — Der Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuches könnte auf den ersten Blick zweifel-

[1]) Keller, S. 366.

[2]) Thon, S. 47.

[3]) Siehe André, S. 30—42.

haft erscheinen; denn während es allerdings die Verjährung der beiden Ansprüche ungehemmt vor sich gehen lässt[1]), hat es im Gegensatz zum Gemeinen Recht den Einfluss der Unmöglichkeit dahin geregelt, dass, wenn die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den weder er noch der andere Teil zu vertreten hat, er den Anspruch auf die Gegenleistung verliert[2]), eine Bestimmung, nach der sich eine ziemlich weitgehende gegenseitige Abhängigkeit der Ansprüche schlechterdings nicht gut leugnen lässt. Und doch findet sich, auch wenn wir von den diesbezüglichen Bemerkungen der Motive absehen, eine zweifelsfreie Entscheidung im Gesetze selbst; denn es spricht in § 320 ausdrücklich davon, dass der Schuldner „die ihm obliegende Leistung" verweigern, und in § 322, dass jeder Teil Klage „auf die ihm geschuldete Leistung" erheben könne; und vor allen Dingen erfolgt ja nach § 322, wie wir gleich sehen werden, eine Verurteilung des Beklagten! Dass hiernach doch zwei im allgemeinen selbständige Forderungen aus dem Vertragsschluss entstehen, ist kaum zu bezweifeln und auch ziemlich unbestritten. — Eine kurze Prüfung dieser eigentlich ausserhalb des Themas liegenden Frage war unumgänglich, weil die Entscheidung derselben grundlegend ist für die andere, wie das Recht der Leistungsverweigerung zur Geltung gebracht wird. Denn logisch und consequent gehört, wenn jede Partei nur ein Recht auf Austausch der beiderseitigen Leistungen hat, zur Begründung einer Klage auf Leistung schlechthin, die Behauptung, dass vom Kläger schon erfüllt sei, — andernfalls kann nur auf Leistung gegen Gegenleistung geklagt

---

1) § 202 II.
2) § 323.

werden. Sonach stellt die Erfüllung einen Teil des Klagegrundes dar, und der Beklagte, der die sogenannte exceptio geltend macht, leugnet vielmehr, dass der Kläger überhaupt die von ihm behauptete Forderung habe; ja es bedarf gar keiner besonderen Berufung darauf seitens des Schuldners, denn ein Mangel des Klagegrundes ist von Amtswegen zu berücksichtigen. — Anders gestalten sich natürlich die Folgen, wenn die beiden Forderungen ursprünglich selbständig sind. Jede Partei kann dann ohne weiteres auf Leistung schlechthin klagen; der Beklagte muss dann die Nichterfüllung seitens des Anderen geltend machen, und zwar nicht durch Bestreiten des Klagegrundes, sondern mittels einer technischen „Einrede". „Er [1]) leugnet gar nicht das Bestehen der klägerischen Forderung, er muss vielmehr zugeben, dass er an sich verpflichtet sei, dass ihm aber ein besonderes gegenteiliges Recht zustehe, welches bei der richterlichen Feststellung seiner Verpflichtung Berücksichtigung verdiene." — Consequenterweise hat sich auch hier das B. G.-B. der letzteren Ansicht angeschlossen. Denn wenn auch der im ersten Entwurf enthaltene § 366: — „Wer aus einem gegenseitigen Vertrage die ihm gebührende Leistung einklagt, hat erst dann, wenn der Beklagte sich darauf beruft, dass der Kläger die ihm obliegende Leistung noch nicht bewirkt habe, zu behaupten und im Bestreitungsfalle zu beweisen, dass er die ihm obliegende Leistung bewirkt habe", — nicht wörtlich in das Gesetzbuch übergegangen ist, so finden wir doch in den Protokollen [2]) die Mitteilung: „Die Commission nahm sachlich den § 366 an und beschloss auch, dass der Gedanke desselben zum Ausdruck gebracht werden solle, überliess aber der

[1]) Stammler, S. 96.

[2]) Protokolle, Bd. II, S. 632.

Redaktions-Commission zu prüfen, wie und wo dies zu geschehen habe". So heisst es denn auch in § 320 B. G.-B.: „er kann die Leistung verweigern", in § 322 ist die Rede von der „Geltendmachung des dem anderen Teil zustehenden Rechts, die Leistung zu verweigern", und § 202 II spricht ganz kurz von der „Einrede des nicht erfüllten Vertrages".

Die praktische Bedeutung dieser Frage ist übrigens lediglich eine prozessuale; denn nach der ersteren Ansicht kann einerseits auch bei Nichterscheinen des Beklagten nur eine Verurteilung auf Leistung Zug um Zug erfolgen, falls der Kläger nicht Erfüllung seiner Verpflichtung behauptet, und diese Erfüllung muss im Urkundenprozess als „zur Begründung des Anspruchs erforderlich" [1]) durch Urkunden bewiesen werden, während nach der gegnerischen Lehre im ersteren Fall der Beklagte durch Versäumnisurteil schlechthin zu verurteilen ist, und von einem erforderlichen Urkundenbeweis nicht die Rede sein kann. — An Wichtigkeit hatte die Entscheidung der vorstehenden Streitfrage aber schon für das Gemeine Recht von dem Augenblick an sehr verloren, da man sich über den früher sehr zweifelhaften Punkt der Beweislast geeinigt hatte. Denn während es sich von selbst versteht, dass der Beweis der Erfüllung, wenn dieselbe zum Klagegrund gehört, dem Kläger zur Last fallen muss, war dies nach der anderen Theorie um deswillen nicht ganz unbestritten, weil jede Einrede von dem bewiesen werden muss, der sich auf sie beruft! Indessen hat man später auch von diesem Standpunkt die Beweislast dem Kläger aufgebürdet; „denn [2]) in dieser Einrede beruft sich der Beklagte nicht sowohl darauf, dass

---

1) § 592 C.-P.-O.

2) Windscheidt, Anm. 3 zu § 321.

der Kläger noch nicht geleistet habe, als vielmehr darauf, dass aus dem Vertrage, aus welchem er fordere, eine Verbindlichkeit auch für ihn selbst hervorgegangen sei, und dass er nach der Absicht des Vertrages nicht die Erfüllung der Verbindlichkeit des Beklagten fordern könne, solange seine Verbindlichkeit noch bestehe."

Dass der Beklagte allerdings das Bestehen seiner Forderung zu beweisen hat, kann nicht bezweifelt werden; nur wird dies praktisch meistens wegfallen, da sich schon aus dem Vortrag des Klägers das Vorhandensein eines zweiseitigen Vertrages ergeben wird. — Ob der Beklagte auch die Höhe und Beschaffenheit der ihm zu machenden Leistung im Bestreitungsfalle beweisen muss? Wenn man nicht sehr scharf zusieht, scheint die Frage der Prüfung gar nicht zu bedürfen, und so haben sich denn auch z. B. Puchta[1]) und Heerwart[2]) unbedenklich dahin ausgesprochen, dass der „Beklagte Qualität und Quantität seiner Forderung beweisen muss". Trotzdem ist diese Ansicht falsch; denn der Kläger muss seinen Anspruch begründen durch Berufung auf den Vertrag, und wenn nun über die Beschaffenheit der zu machenden Leistungen keine Einigkeit herrscht, liegt also in der Bestreitung des Vertragsinhalts ein Leugnen des Klagegrundes, und der Kläger muss beweisen, dass der Vertrag so und nicht anders abgeschlossen worden ist, wie er behauptet[3]). — Die gleichen Gründe müssen selbstredend für das B. G.-B. gelten, das auch sonst im allgemeinen, wie nicht anders zu erwarten, den Kläger zum Beweise verpflichtet; zwar ist der oben[4]) erwähnte § 366 des ersten Entwurfs, der dies ausdrücklich be-

---

[1]) G. F. Puchta, § 232 d.

[2]) Heerwart, S. 349.

[3]) Ebenso Windscheid, Anmerk. 4 zu § 321.

[4]) Siehe S. 51.

stimmte, nicht in das Gesetz selbst übergegangen, allein sachlich hat die Commission nicht das geringste ändern wollen, da es ein unbestrittener Grundsatz ist, dass jemand, der sich auf die Erfüllung seiner Schuld beruft, dieselbe auch beweisen muss[1]). Gewichtig ist aber insbesondere das argumentum a contrario aus § 363 B. G.-B., der bestimmt: „Hat der Gläubiger eine ihm als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung angenommen, so trifft ihn die Beweislast, wenn er die Leistung deshalb nicht als Erfüllung gelten lassen will, weil sie eine andere als die geschuldete Leistung oder weil sie unvollständig gewesen sei.“ — Mit diesem Paragraph müssen wir uns nun noch kurze Zeit etwas eingehender beschäftigen; denn er regelt die Beweislast bei der im Gemeinen Recht so viel umstrittenen sogenannten exceptio non rite adimpleti contractus. — Darüber allerdings, was unter diesem in den Quellen überhaupt nicht vorkommenden Ausdruck eigentlich zu verstehen sei, ist man nie recht im klaren gewesen; im allgemeinen fasste man darunter die einredeweise Geltendmachung der einer Partei wegen mangelhafter Quantität oder Qualität der bereits angenommenen Leistung zustehenden Rechte zusammen. Ueber die Beweislast herrschte in den einzelnen Fällen vielfach die grösste Unsicherheit; glücklicherweise erhob sich denn auch bald heftiger Widerspruch gegen den ganzen Begriff dieser exceptio als solchen.

W. A. Puchta[2]) zeigte schlagend, dass darunter zwei ganz verschiedene Elemente ungehörigerweise zusammengeworfen wurden, dass von diesen aber das eine, welches sich aus dem Recht auf Schadensersatz und insbesondere auf Wandelung oder Minderung beim Kauf

---

[1]) cfr. §§ 345, 358, 636 II B. G.-B.

[2]) Puchta, S. 98 ff.

zusammensetzte, gar nicht hierher gehört; denn[1]) „diese Verbindlichkeiten lassen sich zwar nicht denken ohne den Kaufvertrag, nur bilden sie keinen wesentlichen Bestandteil desselben und haben namentlich mit der Eigenschaft des Kaufs als gegenseitiger Obligation nichts zu thun. Diese beschränkt sich auf das Geben der Ware und des Preises. Jene Ansprüche sind nur Nebenverbindlichkeiten, die überhaupt erst nach Auflösung der gegenseitigen Obligation in Thätigkeit treten können", haben also mit der Erfüllung als solcher nichts zu thun und können deshalb als Einrede gedacht auch nicht „Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages" heissen.

Aber auch bezüglich des noch übrig bleibenden Teiles dieser exceptio entdeckte man einen groben begrifflichen Widerspruch; man fand nämlich, dass die Verteidiger derselben Erfüllung mit Leistung verwechselten. „Wenn[2]) Erfüllung Aufhebung der Obligatio durch Leistung des geschuldeten Gegenstandes ist, so kann zwar unvollständig geleistet, aber niemals unvollständig erfüllt werden: Denn eine unvollständige, nicht gehörige Aufhebung der Obligatio gibt es nicht!" Dass diese Folgerung unantastbar richtig und damit für den Begriff der exceptio non rite adimpleti contractus kein Raum mehr ist, steht denn auch wohl seitdem für das Gemeine Recht fest. — Die Frage war nur, was an ihre Stelle gesetzt werden sollte. Die schärfste Richtung in der Beziehung vertritt wohl Puchta[3]), der allerdings unmittelbar nur vom Kauf spricht, aber seine Schlussfolgerungen auf alle zweiseitigen Verträge ausgedehnt wissen will: „Der Beklagte hat die Leistung des Klägers als Erfüllung angenommen, und dies durch seine Handlungen unzweideutig

[1]) Puchta, S. 99.
[2]) Puchta, S. 97.
[3]) Puchta, S. 101.

zu erkennen gegeben. Er kann nun nicht mehr auf den Mangel der Erfüllung, sondern nur auf einen Mangel der Sache einen Einwand gründen, sei es wegen Mangels einer vorbedungenen Eigenschaft die Einrede aus dem Kauf, sei es wegen eines heimlichen Mangels die Einrede aus dem aedilicischen Edikt."

Puchta schreibt also der Annahme der Leistung die starke Wirkung zu, dass durch sie die exceptio non adimpleti contractus, in die sich nach seinen obigen Worten die exceptio non rite adimpleti contractus doch eigentlich verwandeln müsste, ohne weiteres ausgeschlossen wird, und dem betreffenden Gläubiger nur seine sonstigen Rechte auf Schadensersatz etc. erhalten bleiben. — Gerade den entgegengesetzten Standpunkt vertritt z. B. von Vangerow[1]), der ausser diesen sonstigen Rechten dem Beklagten trotz der Annahme die exceptio non adimpleti contractus ohne irgend eine Aenderung ganz allgemein zuspricht, und also auch verlangt, dass der Kläger den Beweis der richtigen Erfüllung führe. — Vermittelnd steht dann schliesslich zwischen beiden die Ansicht Windscheidt's[2]), dass allerdings der Beklagte, auch wenn er die ihm gemachte Leistung als Erfüllung angenommen oder gar ausdrücklich gebilligt hat, „nicht ohne weiteres seiner Rechte aus der Mangelhaftigkeit der ihm gemachten Leistung verlustig ist. Er hat nur erklärt, dass die ihm gemachte Leistung Erfüllung sei, nicht auch auf seine Rechte verzichtet für den Fall, dass sie gegen sein Wissen Erfüllung nicht sein sollte. Aber das Gewicht des in jener Erklärung liegenden Zeugnisses gegen sich selbst muss er durch Gegenbeweis aus dem Wege räumen." — Für das Gemeine Recht ist diese Streitfrage nie entschieden worden, weder in Theorie noch Praxis, und die

[1]) v. Vangerow, S. 101.

[2]) Windscheidt, Anmerk. 6 zu § 321.

Gerichte haben je nach der Lage des einzelnen Falles bald so bald anders geurteilt. Das B. G.-B. gibt dagegen eine unzweifelhafte Entscheidung. Der erste Entwurf enthielt, in Anlehnung an die oben[1]) gegebene Puchta'sche Ansicht, einen § 367: „Hat ein Vertragschliessender die ihm als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung angenommen, so kann er auf Grund der Mangelhaftigkeit der Leistung nicht wegen Nichterfüllung des Vertrages die Gegenleistung verweigern, sondern nur noch die ihm sonst zustehenden Ansprüche geltend machen. Auch ist er in Ansehung der behaupteten Mangelhaftigkeit beweispflichtig." Diese Bestimmung ist aber nicht Gesetz geworden; denn die Kommission[2]) war der Ansicht, dass, da bei generisch bestimmten Sachen ein Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache gegeben sei, „umsoweniger Anlass bestehe, dem Gläubiger die Befugnis zu versagen, diesen Umtausch mittels der exceptio non adimpleti contractus zu erzwingen, als in den meisten Fällen dieser Art die Voraussetzungen für das Zurückbehaltungsrecht zutreffen, und auf diesem Wege der gleiche Erfolg eintreten werde, wie bei Gewährung der exceptio non adimpleti contractus". — Dagegen hat die Beweislast durch den § 363[3]) eine Umkehrung erfahren; das Gesetzbuch ist also, wie so oft, der Windscheid'schen Ansicht gefolgt, die den Interessen beider Parteien sicher weitaus am besten und gleichmässigsten gerecht wird. — Was unter „Annahme als Erfüllung" zu verstehen ist, darüber ist eine allgemeine Regel nur insoweit aufzustellen, dass die einfache Thatsache der Entgegennahme nicht genügt, dass vielmehr in den meisten

---

[1]) S. 55/56.

[2]) Protokolle, Bd. I, S. 637.

[3]) S. oben S. 54.

Fällen ein gewisser Akt des Willens bei dem Annehmenden hinzukommen muss. Wann das aber der Fall ist, muss im einzelnen dem Ermessen des Richters überlassen bleiben, dessen Entscheidung sich wohl darauf gründen muss, ob der betreffende Empfänger das gethan oder unterlassen hat, was er bei der Mangelhaftigkeit, resp. als er diese bemerkte, nach Treu und Glauben hätte thun müssen, — und es wäre unnütze Mühe, bei der grossen Mannigfaltigkeit der Fälle auch nur einige wenige Beispiele anführen zu wollen, deren Aufzählung niemals auch nur entfernt erschöpfend sein könnte.

Bezüglich der Wirkungen im Prozess besteht nicht der geringste Unterschied vom Zurückbehaltungsrecht, es erfolgt, im Gemeinen Recht wenigstens nach der herrschenden neueren Doktrin, stets Verurteilung auf Leistung Zug um Zug. — Auch bezüglich der Wirkung für und gegen Cessionare gilt das oben[1]) Gesagte; „denn[2]) der Umstand, dass Recht und Pflicht aus einem gegenseitigen Vertrag nachträglich auf verschiedene Personen entfallen, ändert nichts an der synallagmatischen Natur dieses Vertrages". — Hervorhebung verdient indes vielleicht, dass unsere Einrede ausnahmsweise sogar einem Dritten in gewisser Weise selbständig Berechtigten gegenüber wirkt, nämlich nach § 334 demjenigen, der aus einem „zu seinen Gunsten" abgeschlossenen Vertrage zu fordern berechtigt ist, seitens des Versprechenden, falls der Versprechensempfänger die ihm aus dem Vertrage obliegende Leistung noch nicht gemacht hat. (Dem Wortlaut nach könnte freilich auch ein Retentionsrecht geltend gemacht werden, da § 334 ganz allgemein von „Einwendungen" spricht, indes ist es wohl kaum denk-

---

[1]) S. 30/31.

[2]) Schollmeyer, Anm. 2 zu § 320.

bar, dass ein gesetzliches Zurückbehaltungsrecht dem Versprechenden „aus dem Vertrage“, wie das § 334 verlangt, zustände.) —

Einen ganz eigentümlichen Einfluss hat die Eröffnung des Konkurses auf die von dem Gemeinschuldner vorher eingegangenen zweiseitigen Verträge. Der Konkursverwalter hat nämlich ganz nach seiner Wahl einerseits natürlich das Recht, die Erfüllung zu verweigern, da die Nichterfüllung die unmittelbare Folge der Konkurseröffnung ist; alsdann ist nach § 26 (früher 21) K.-O. „der andere Teil nicht berechtigt, die Rückgabe seiner in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangenen Leistung aus dem Konkurse zu verlangen“, kann vielmehr nur seine Gegenforderung und dazu eventuell eine solche auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung als Konkursgläubiger geltend machen und erhält auf beide die betreffende Konkursdividende. Anderseits kann aber der Verwalter, wenn er es als im Interesse der Gläubigergesamtheit liegend erachtet, „an [1]) Stelle des Gemeinschuldners den Vertrag“, — aus der Masse [2]), — „erfüllen und die Erfüllung von dem anderen Teile verlangen“, so dass in dieser Hinsicht also unsere Einrede ihre volle Wirkung behält.

Bezüglich der übrigen oben für das Zurückbehaltungsrecht genannten Endigungs- und Ausschliessungsgründe ist hier im allgemeinen wenig zu bemerken; die letzteren sind meist für unsere Einrede belanglos; denn bösgläubiger Besitz z. B. kann ebensowenig in Frage kommen, wie etwa eine analoge Ausdehnung der singulären Bestimmungen bezüglich der Miete u. s. w., und ebenso bestimmt das Gesetz, in Uebereinstimmung [3]) mit dem

[1]) § 17 (früher 15) K.-O.

[2]) § 59 (früher 52), Nr. 2 K.-O.

[3]) Langfeld, S. 132.

Gemeinen Recht, in § 320 I Satz 3, dass durch Sicherheitsleistung die Einrede nicht ausgeschlossen werden kann; sehr mit Recht, denn der Inhalt eines jeden gegenseitigen Vertrages besteht eben darin, dass keine Partei zu leisten braucht, wenn sie nicht gleichzeitig als entsprechendes Aequivalent für das von ihr hingegebene die dem anderen Teil vertragsmässig obliegende Leistung wirklich und vollständig erhält. Sicherstellung ist aber unter keinen Umständen die vertragsmässige Gegenleistung, — ebensowenig wie im allgemeinen eine Teilleistung, — sei es nach quantitativer oder qualitativer Seite, — bezüglich deren nach Gemeinem Recht dasselbe gilt, wie bei dem eigentlichen Zurückbehaltungsrecht; und auch das Bürgerliche Gesetzbuch spricht in § 320 I ganz allgemein von einer Verweigerung der Leistung, so dass an sich jedenfalls die ganze Leistung zurückbehalten werden darf, bis auch die andere vollständig bewirkt wird. Gewissermassen nur eine Anwendung dieses Grundsatzes enthält der zweite Satz des § 320: „Hat die Leistung an mehrere zu erfolgen, so kann dem einzelnen der ihm gebührende Teil bis zur Bewirkung der ganzen Gegenleistung verweigert werden", eine Vorschrift, die sich in den meisten Fällen schon deshalb von selbst verstanden hätte, weil mehrere bei unteilbarer Leistung ohne weiteres [1]), bei teilbarer „im Zweifel" als Gesamtschuldner haften [2]), während sie die ihnen geschuldete Leistung im Zweifel zu Kopfteilen zu fordern haben [3]), — die aber nunmehr auch dann gilt, wenn vertragsmässig die Gesamthaftung ausgeschlossen ist [4]).

Da aber die schrankenlose Durchführung des obigen

---

[1]) § 431.
[2]) § 427.
[3]) § 420.
[4]) Ebenso Planck, Anm. 2 zu § 320.

Satzes sicher zu Ungerechtigkeiten führen würde, sollte schon nach den Motiven [1]) in gewissen Fällen eine replica doli zulässig sein, und das Gesetzbuch selbst hebt, um gegenüber der absoluten Fassung des ersten Satzes des § 320 mögliche Zweifel zu beseitigen, hervor, dass, wenn eine Leistung teilweise gemacht worden ist, „die Gegenleistung insoweit nicht verweigert werden kann, als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismässiger Geringfügigkeit des rückständigen Teiles gegen Treu und Glauben verstossen würde". Diese Bestimmung hat ihre gute Berechtigung; denn ganz abgesehen davon, dass der Schuldner nach § 266 zu Teilleistungen überhaupt nicht berechtigt ist, eine solche vielmehr vom Gläubiger ohne weiteres zurückgewiesen werden kann, ist die Stellung des letzteren schon deshalb eine unvergleichlich viel bessere als die des anderen, weil er stets die Restleistung einklagen, alsdann nach § 283 eine Frist setzen und nach deren Ablauf ganz nach freiem Belieben Schadensersatz wegen des fehlenden Teiles oder, — unter Rückgabe des bereits Erhaltenen sogar wegen gänzlicher Nichterfüllung verlangen, oder überhaupt von dem Vertrage zurücktreten kann [2]). — Zur Erläuterung der obigen Vorschrift ist noch zu bemerken, dass, wie sich aus dem Worte „insbesondere" ergibt, die Geringfügigkeit des nicht gelieferten Teiles nur als wichtiges Beispiel dienen soll, wenngleich — abgesehen von dem Fall, dass die Teilleistung in der Art als Erfüllung angenommen worden ist, dass, wie z. B. häufig beim Quantitätenkauf oder wenn Ratenzahlungen ausgemacht sind, darin Einwilligung in eine Teilung des Schuldverhältnisses selbst zu finden ist, — praktisch wohl nur selten bei Erheblichkeit

[1]) Motive Bd. II, S. 203.

[2]) § 325 II; ebenso Schollmeyer, Anm. 3 zu § 320.

des ausstehenden Teiles die Verweigerung der ganzen Gegenleistung als Verstoss gegen Treu und Glauben erscheinen wird, und man könnte vielleicht die Anwendung des Satzes nur dann rechtfertigen, wenn die Restleistung ohne Verschulden der betreffenden Partei vorübergehend unmöglich ist, — da es unbillig wäre, dem Gläubiger den Nutzen und Gebrauch der erhaltenen Teilleistung unentgeltlich zu überlassen, wenn diese überhaupt ein Interesse für ihn hat. — Anderseits muss aber m. E., — entgegen der von Stammler[1]) vertretenen Ansicht, dass in diesem Fall „Verurteilung des Beklagten zu erfolgen habe, und es ihm überlassen bleibe, durch Klage (oder Widerklage) den Rest der ihm geschuldeten Leistung zu verlangen", — entschieden betont werden, dass, da das Gesetzbuch von einer „insoweit" unzulässigen Verweigerung spricht, jedenfalls immerhin ein entsprechender Teil der Gegenleistung auch weiterhin zurückbehalten werden darf. — Die Motive[2]) sprechen von einer replica doli des Klägers! Dieser müsste also darnach selbst wieder mittels einer Gegeneinrede den Verstoss gegen Treu und Glauben seitens des Beklagten zur Geltung bringen; das wäre aber doch wohl nur dann notwendig gewesen, wenn eine betreffende Vorschrift im Gesetz gefehlt hätte, während nach der ausdrücklichen Regelung im Gesetz nicht einzusehen ist, weshalb diese Rechtsnorm nicht ebensogut wie jede andere von Amtswegen seitens des Richters berücksichtigt werden müsste, wenn auch mit der Einschränkung, dass derselbe, in Anwendung des Verhandlungsprinzips, nicht berechtigt ist, ohne Antrag neue Ermittelungen in dieser Hinsicht anzustellen. —

---

[1]) Stammler, S. 95.

[2]) Motive Bd. II, S. 203.

Bezüglich der Gründe, die das Erlöschen unserer Einrede herbeiführen, gilt im allgemeinen das oben [1]) beim Zurückbehaltungsrecht bereits gesagte. Hervorhebung verdient vielleicht, dass ebensowenig wie das Retentionsrecht und aus den gleichen Gründen die Einrede des nicht erfüllten Vertrages selbst verjähren kann, und dass unzweifelhaft ein Verzicht auf dieselbe möglich sein muss, dass dessen Anwendungsgebiet aber, soweit er in concludenten Handlungen gefunden werden könnte, insofern ziemlich eingeengt ist, als nach der herrschenden Lehre des Gemeinen Rechts und ebenso nach dem B. G.-B [2]) sogar eine „Annahme als Erfüllung" nur eine Umkehrung der Beweislast zur Folge hat, ein Verzicht darin also lediglich dann zu finden sein wird, wenn dieselbe trotz Kenntnis der Mangelhaftigkeit und ohne Vorbehalt geschieht.

Es bleibt nunmehr nur noch die Frage zu beantworten, in welchem Verhältnis die beiden bisher behandelten Rechte zu einander stehen. Die gemeinrechtlichen Autoren nehmen in dieser Beziehung fast ausnahmslos, — und zwar ist dabei gar kein Unterschied zwischen der oben vielfach benutzten Speziallitteratur [3]) und den grossen Pandektenlehrbüchern, — ohne weiteres an, dass die exceptio non adimpleti contractus nur ein einzelner unter den vielen Anwendungsfällen des Zurückbehaltungsrechts sei, der zwar einige Besonderheiten zeige bezüglich der Wirkung im Konkurs und der Unzulässigkeit einer Kaution anstatt der Erfüllung, doch seien diese nicht bedeutend genug, um eine Trennung

[1]) Siehe oben S. 41—44.

[2]) Siehe oben S. 56/57.

[3]) Goldschmidt, S. 977, Langfeld, S. 51 ff., anders nur Schenck, S. 41 und 115.

der beiden auf gleichen Grundsätzen beruhenden Institute zu rechtfertigen. Auch von den Kommentatoren des B. G.-B. steht die Mehrzahl [1]) auf diesem oder einem ähnlichen Standpunkt, während einige andere [2]) doch mehr die Verschiedenheiten hervorsuchen und Crome [3]) der beiden Rechte Zusammenstellung geradezu „verwerflich" findet!

Wenn wir uns nun nach den Argumenten für die eine oder andere Ansicht fragen, so ist jedenfalls das zuzugeben, dass unleugbar eine grosse Aehnlichkeit insofern besteht, als die hauptsächlichen Voraussetzungen, Wirkungen etc. im allgemeinen übereinstimmen; ja, die in § 273 I für das Zurückbehaltungsrecht gegebene Begriffsbestimmung [4]) passt genau auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages; und dies scheint denn auch das Gesetzbuch selbst nicht übersehen zu haben, denn es sagt in § 320 I 3 ausdrücklich: „Die Vorschrift des § 273 Abs. 3 findet keine Anwendung." — (Uebrigens nahm der erste Entwurf auch in seinen §§ 233 und 234, die den jetzigen §§ 273, 274 entsprechen, auf die §§ 364, 365 [= § 320 B. G.-B.] Bezug, doch ist dies von der Kommission als überflüssig gestrichen worden.) — Allerdings ist demgegenüber, — auch wenn man von den Unterschieden bezüglich der Sicherheitsleistung und des Konkurses absieht, — eine gewisse Verschiedenheit vor allen Dingen deshalb nicht zu leugnen, weil das Weigerungsrecht des Schuldners „bei [5]) den gegenseitigen Verträgen die feste rechtliche Grundlage und Begrenzung durch den inneren,

---

[1]) Planck, § 273 Anm. 1a; Stammler, S. 102; Oertmann, § 273 Anm. 1a; Dernburg, S. 122 [2].

[2]) Endemann, S. 539; Schollmeyer, § 320 Anm. 1.

[3]) Crome, S. 547.

[4]) Oben S. 6.

[5]) Endemann, S. 539.

notwendigen Zusammenhang der beiden auf Austausch gerichteten obligatorischen Versprechen" findet, während das Zurückbehaltungsrecht nicht auf der kontraktlichen gegenseitigen Bedingtheit der beiden Leistungen, sondern [1]) „auf der natürlichen gewollten oder als gewollt vorauszusetzenden Einheitlichkeit des faktischen Verhältnisses" beruht. — Dass aber auch diesem Argument, — wenigstens nach der Absicht des Gesetzbuches, — nicht die absolut entscheidende Bedeutung zugebilligt werden kann, ergibt sich m. E. daraus, dass die Grenzen der beiden Rechte vielfach in einander übergehen, ohne dass man genau sagen könnte, wo das eine aufhört, und das andere beginnt. Dies zeigt sich u. a. bei der Behandlung des Rücktrittsrechts, — sei es vertraglich, sei es gesetzlich; § 348 lautet nämlich: „Die sich aus dem Rücktritt ergebenden Verpflichtungen der Parteien sind Zug um Zug zu erfüllen. Die Vorschriften der §§ 320, 322 finden entsprechende Anwendung." Dass es sich hier aber nicht um die Einrede des nicht erfüllten Vertrages handeln kann, sondern nur um ein Zurückbehaltungsrecht, ist doch wohl unbestreitbar, und genau das Gleiche gilt bezüglich der Wandelung beim Kauf, auf die durch § 467 dieselben Vorschriften für anwendbar erklärt werden. Ausserdem ist hier aber namentlich noch die Schenkung unter einer Auflage zu nennen: „Soweit [2]) nämlich in Folge eines Mangels im Rechte oder eines Mangels der verschenkten Sache der Wert der Zuwendung die Höhe der zur Vollziehung der Auflage erforderlichen Aufwendungen nicht erreicht, ist der Beschenkte berechtigt, die Vollziehung der Auflage zu verweigern, bis der durch den Mangel eingetretene Fehlbetrag ausgeglichen wird", der Beschenkte hat also

---

[1]) Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. XIV, Nr. 57.

[2]) § 526.

dann unzweifelhaft ein Zurückbehaltungsrecht. Wie oft aber unter einer solchen sogenannten Schenkung sub modo ein zweiseitiger Vertrag verborgen liegt, so dass der Beschenkte vielmehr die Einrede des nicht erfüllten Vertrages geltend machen muss, und wie oft es fast eine Unmöglichkeit ist, namentlich bei den in bäuerlichen Kreisen so häufigen Gutsübergaben mit Vorbehalt des Altenteils für den Uebergeber und gewisser Leistungen an jüngere Geschwister, dies Geschäft unter den einen oder anderen Begriff zu bringen, ist eine allbekannte Thatsache.

Das endgültige Gesamtergebnis muss also dahin lauten, dass die „Einrede des nicht erfüllten Vertrages“ weder lediglich einen Fall des Zurückbehaltungsrechtes darstellt, noch demselben gänzlich fernsteht, dass sie vielmehr als eine „Nebenart“ des ihr nahe verwandten technischen Zurückbehaltungsrechts oder als ein solches im weiteren Sinne zu bezeichnen ist.